كمال الدراية

وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول

الإزميري الحنفي

المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

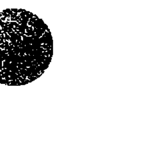
الجزء العاشر

المزارعة، المساقاة، الذبائح، الأضحية، الكراهية، إحياء الموات، الأشربة، الصيد، الرهن، الجنايات، الديات



أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : **KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA**

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتـب العلميـة - بيـروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

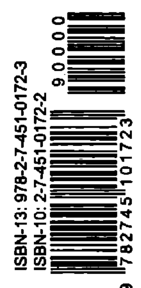
Pages	(11 Vols/11 P) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2017 A.D. - 1438H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon لبنان	بلد الطباعة
Edition	1st (2 Colors) الأولى (لونان)	الطبعة

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.O.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ٩٤٢٤-١١ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN-13: 978-2-7451-0172-3
ISBN-10: 2-7451-0172-2

(كتاب المزارعة)

(كتابُ الْمُزَارَعَةِ)

هِيَ: عقدٌ على الزَّرْعِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ.

وَهِيَ فَاسِدَةٌ.

وَعِنْدَهُمَا: جَائِزَةٌ، وَبِه يُفْتى.

(كِتَابُ المُزَارَعَةِ)

(هي) في اللغة: مفاعلة من الزرع.

وفي الشريعة: (**عقد على الزرع ببعض الخارج، وهي**)؛ أي: المزارعة (**فاسدة**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: جائزة، وبه يفتى**)؛ لحاجة الناس إليها في عموم البلدان.

ثم محل الخلاف: وفي المزارعة - على قدر [٦٣١/ب] معين من الخارج من الثلث أو الربع أو النصف، ولذا قال في التعريف: «ببعض الخارج»، وإلا: فلو لم يعين شيئاً أصلاً أو عقدا عقد المزارعة على دراهم مسماة.. كانت فاسدة بالاتفاق.

لهما: ما روي أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما خرج من ثمر أو زرع، ولأنه عقد شركة بين المال والعمل، فيجوز اعتباراً بالمضاربة، والجامع: دفع الحاجة.

بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد؛ لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها، فلم تتحقق شركة.

ولأبي حنيفة: ما روى أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة، وهي: المزارعة، ولا الاستئجار ببعض ما يخرج من عمله، فيكون في معنى قفيز الطحان، ولأن الأجر مجهول ومعدوم، وكل ذلك مفسد، ومعاملة النبي ﷺ أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح، وهو جائز.

قَالَ الحُصَيرِيُّ: وَأَبُو حنيفَةَ هُوَ الَّذِي فرَّعَ هَذِه الْمَسَائِلَ على أُصُولِهِ؛ لعلمه أَنَّ النَّاسَ لَا يَأْخُذُونَ بقولِهِ.

وَيشْتَرَطُ فِيهَا: صَلَاحِيَةُ الأَرْضِ للزَّرْعِ.

وأهليَّةُ الْعَاقِدَينِ.

وَتَعْيِينُ الْمدَّةِ، ....

ثم إذا فسدت المزارعة عنده؛ فإن سقى المزارع الأرض وكربها.. فله أجر مثل عمله؛ سواء خرج من الأرض شيء أو لم يخرج؛ لأنه في معنى إجارة فاسدة.

هذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض.

وإن كان البذر من قبل المزارع.. فعليه أجر مثل الأرض، والخارج في الوجهين: لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه، وللآخر الأجر.

(قال الحصيري: وأبو حنيفة هو الذي فرع هذه المسائل على أصوله) الظاهر: أن هذا الضمير راجع إلى أبي حنيفة، وفيه نظر؛ لما قال في «الخلاصة»: أن أبا حنيفة إنما فرع المسائل على قول من جوز المزارعة؛ لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله. انتهى.

فعلم: أن في ضمير «أصوله» نظراً، اللهم إنه راجع إلى المجوز في عبارة الحصيري.

(لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله).

(ويشترط فيها)؛ أي: يشترط في المزارعة عند من يجوزها شروطٌ ثمانية:

١- أحدها: (صلاحية الأرض للزرع)؛ لأن المقصود لا يحصل دون الصلاحية.

٢- (وأهلية العاقدين) - أي: هو الشرط الثاني - أي: يكون كلٌّ من المزارع ورب الأرض من أهل العقد؛ لأن العقد الشرعي لا يصلح إلا من الأهل.

٣- (وتعيين المدة)، وهو الشرط الثالث، وهذا: لأنها عقد على منافع الأرض أو منافع العامل، ولا يعرف ذلك إلا بالمدة المعينة، ولا بد أن تكون المدة قدر ما

وربِّ الْبِذرِ، ....

يتمكن من الزراعة أو أكثر.

ولا يكون الأكثر قدر ما لا يعيش إليه مثلهما أو مثل أحدهما غالباً.

حتى لو كانت المدة أقل مما يتمكن من الزراعة، أو أكثر من قدر ما يعيش إليه أحدهما مثل مائة سنة [٦٣٢/أ]:

قال في «قاضي خان»: إن دفع أرضه مزارعة ولم يذكر الوقت.. قال في «الكتاب»: لا تصح المزارعة؛ لأن المزارعة إجارة؛ فإن البذر لو كان من قبل صاحب الأرض.. كانت المزارعة : استئجاراً للعامل، وإن كان البذر من قبل العامل.. فهي استئجار للأرض.

ولهذا : لو قال لغيره: استأجرتك لتزرع أرضي هذه ببذري على أن يكون الخارج بيننا نصفين.. كانت مزارعة.

وكذا لو قال العامل ذلك لصاحب الأرض، والمنافع لا تصير معلومة إلا ببيان الوقت.

وقال مشايخ بلخ: لا يشترط بيان المدة، وتكون المزارعة على أول السنة؛ يعني: أول زرع. يكون في تلك السنة.

واختاره محمد بن سلمة، وقال: والفتوى في بيان الوقت على جواب «الكتاب»؛ يعني: لزومه.

٤- (و) بيان (رب البدر) - وهو الشرط الرابع - وهذا: لأن المعقود عليه وهو منافع العامل أو منافع الأرض لا تعرف إلا ببيان من عليه البذر؛ لأنه المستأجر.. فببيانه يعرف ما وقع عليه عقد الإجارة من منافع الأرض أو منافع العامل.

بيانه: أن البذر: إذا كان من قبل صاحب الأرض.. كانت المزارعة استئجاراً للعامل، وإن كان البذر من قبل العامل.. كانت المزارعة استئجاراً للأرض، فكان المعقود عليه مجهولاً.

وجنسِهِ، ....

وأحكامهما: مختلفة أيضاً؛ فإن العقد في حق من لا بذر منه يكون لازماً في الحال، وفي حق صاحب البذر لا يكون لازماً قبل إلقاء البذر.

ولهذا: لو دفع إلى رجل أرضاً وبذراً مزارعة.. جائزة.

ثم إن رب الأرض أخذ الأرض والبذر وزرعها بنفسه.. كان ذلك نقضاً للمزارعة، ولا تكون إعارة؛ لعدم كونه لازماً في حقه قبل إلقاء بذر، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وقال الفقيه أبو بكر البلخي: لا يشترط بيان رب البذر، بل يحكم فيه العرف؛ فإن كان في موضع يكون البذر من قبل العامل أو من قبل صاحب الأرض.. يعتبر فيه عرفهم، ويجعل البذر على من كان البذر عليه في عرفهم إن كان العرف مستمراً، وإن كان مشتركاً.. لا تصح المزارعة.

ثم هذا إذا لم يذكر لفظاً يعلم به صاحب البذر.

فإن ذكر لفظاً يدل عليه؛ بأن قال صاحب الأرض: دفعت إليك الأرض لتزرعها لي، أو قال: استأجرتك لتعمل فيها بنصف الخارج.. يكون بياناً أن البذر من قبل [٦٣٢/ب] صاحب الأرض، وإن قال: لتزرعها لنفسك.. كان بياناً أن البذر من قبل العامل. كذا في «قاضي خان».

٥- (وجنسه)؛ أي: شرط بيان جنس البذر - وهو الشرط الخامس - لأن الأجرة منه.. فلا بد من بيان جنس الأجرة؛ لأن الإجارة لا تصح عند جهالة الأجرة، ولأن بعض الزرع يضر بالأرض.. فلا بد من بيانه.

وقيد بجنس البذر؛ لأن بيان مقدار البذر لا يشترط؛ لأن ذلك بإعلام الأرض.

ثم إن لم يبينا جنس البذر؛ فإن كان البذر من قبل صاحب الأرض.. جاز؛ لأن في حقه المزارعة لا تتأكد قبل إلقاء البذر، وعند إلقاء البذر: يصير الأجر معلوماً.

والإعلام عند التأكد: يكون بمنزلة الإعلام وقت العقد؛ كما لو استأجر دابة للركوب ولم يبين الراكب، أو للحمل ولم يبين الحمل.. لا تصح الإجارة، ثم ينقلب جائزاً عند الركوب والحمل.

وإن كان البذر من قبل العامل ولم يبينا جنس البذر.. كانت المزارعة فاسدة؛ لأنها لازمة في حق صاحب الأرض قبل إلقاء البذر، فلا يجوز.

إلا إذا فوض الأمر إلى العامل على وجه العموم؛ بأن قال له رب الأرض: على أن تزرعها ما بدا لك أو ما بدا لي؛ لأنه لما فوض الأمر إليه.. فقد رضي بالضرر.

وإن لم يفوض الأمر إليه على وجه العموم، وكان البذر من قبل العامل ولم يبينا جنس البذر.. فسدت المزارعة.

ثم إذا زرعها شيئاً.. تنقلب جائزة؛ لأنه لما خلى بينه وبين الأرض وتركها في يده حتى ألقى البذر.. فقد تحمل الضرر، فيزول المفسد، فتجوز؛ كما في مسألة استئجار الدابة للركوب أو للحمل كما تقدم.

أطلق الجنس؛ فشمل: البيان من جنس واحد، ومن جنسين، ومن أجناس مختلفة.

وصورة الأول: ظاهرة.

وفي صورة الثاني والثالث تفصيل ذكره في «قاضي خان»؛ حيث قال فيه: وصورة ذلك: رجل دفع إلى رجل أرضاً على أن يزرعها ببذره سنة هذه على أنه إن زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان وإن زرعها شعيراً.. فلصاحب الأرض ثلثه، وإن سمسماً فلصاحب الأرض ربعه.. جاز ذلك على ما شرطا؛ لأن المزارعة في حق صاحب البذر تتأكد عند إلقاء البذر، وعند ذلك البذر معلوم.

ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعير أو بعضها سمسماً.. جاز أيضاً على ما شرطا في كل نوع.

وَنصِيبِ الآخرِ.

وكذا لو دفع إلى رجل أرضاً [٦٣٣/أ] ثلاثين سنة على أن ما زرع فيها من حنطة أو شعير أو شيء من غلة الصيف والشتاء فهو بينهما نصفان، وما غرس فيها من شجر أو كرم أو نخل فهو بينهما أثلاثاً: لصاحب الأرض ثلثه وللعامل ثلثاه.. فهو جائز على ما شرطا؛ سواء زرع الكل على أحد النوعين، أو زرع بعضها، أو جعل بعضها كرماً.. فهو جائز أيضاً في ظاهر الرواية.

ولو دفع أرضاً مزارعة على أن يزرعها ببذره ويقره على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً وبعضها سمسماً؛ فما زرع فيها حنطة فهو بينهما نصفان، وما زرع فيها شعيراً فلرب الأرض ثلثه، وما زرع فيها سمسماً فلرب الأرض ثلثاه.. فهو فاسد كله.

بخلاف ما تقدم؛ لأن ههنا نص على التبعيض، فقال: على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً.. فليس له أن يزرع كلها أحد الأصناف الثلاثة، وإنما يزرع كل نوع في بعض الأرض، وذلك البعض مجهول في الحال وعند إلقاء البذر في الأرض أيضاً؛ لأنه إذا زرع بعضها حنطة.. لا يدري ماذا يزرع في ناحية أخرى، وليس عليه أن يزرع، فكان العقد فاسداً، وإذا فسد العقد.. كان الخارج كله لصاحب البذر.

وكذا لو قال: خذ هذه الأرض على أن ما زرعت فيها حنطة فالخارج بيننا نصفان، وما زرعت فيها شعيراً فلي ثلثه ولك ثلثاه، وما زرعت فيهما سمسماً فلي ثلثاه ولك ثلثه.. فهو فاسد أيضاً في ظاهر الرواية لما قلنا.

وتفصيل باقي ما يتعلق بهذا الشرط مذكور في «قاضي خان».

٦- (ونصيب الآخر)؛ أي: شرط أيضاً بيان نصيب الآخر؛ أعني: من لا بذر من جهته - وهو الشرط السادس - لأنه أجرة؛ إما لأرضه أو لعمله.. فلا بد أن يكون معلوماً.

والتَّخليةُ بَينَ الأَرْضِ وَالْعَامِلِ.

٧- (والتخليـة)؛ أي: شـرط التخليـة - وهـو الشـرط السـابع - (بـين **الأرض** والعامل)؛ لأن بالتخلية بينهما: يتمكن من العمل؛ كما في المضاربة، فكل ما يمنع التخلية كاشتراط عمل صاحب الأرض مع العامل.. يمنع جواز المزارعة.

والتخلية: أن يقول صاحب الأرض للعامل: سلمت إليك الأرض.

ومن التخلية أيضاً: أن تكون الأرض فارغة عند العقد؛ فإن كان فيها زرع قد نبت.. يجوز العقد وتكون معاملة، ولا تكون مزارعة.

وإن كان فيها زرع قد أدرك.. لا يجوز العقد؛ لأن الزرع بعد الإدراك لا يحتاج إلى العمل؛ فكما تعذر تجويز هذا العقد مزارعة.. تعذر تجويزها معاملة أيضاً.

وينبغي: أن يكون العامل عارفاً للأرض؛ لأنه [٦٣٣/ب] إذا لم يعلم والأراضي متفاوتة.. لا يصير العمل معلوماً، فيفسد العقد.

وإن شرط مع العامل عمل عبد العامل.. جاز العقد على كل حال؛ كما لو شرطا على العامل: البقر.

وإن شرطا مع العامل عمل عبد صاحب الأرض على أن يكون للعامل ثلث الخارج:

إن كان البذر من قبل صاحب الأرض.. يجوز العقد ويكون للعامل ثلث الخارج؛ لأن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض.. كان اشتراط عمل عبده بمنزلة اشتراط البقر على صاحب الأرض، واشتراط البقر على صاحب الأرض: جائز إذا كان البذر منه، فكذا إذا شرط عمل عبد صاحب الأرض، ويكون المشروط للعبد: لمولاه إن لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين.. فكذلك في قول أبي يوسف ومحمد.

وَالشَّرِكَةُ فِي الْخَارِجِ.

فتفسدُ إِنْ شُرِطَ لأَحَدِهِمَا قُفزانٌ مُعيَّنَةٌ، أَو مَا يخرجُ مِن مَوضِعٍ مُعَيَّنٍ؛ كالماذياناتِ والسَّواقي.

وقياس قول أبي حنيفة: المولى من كسب عبده المديون بمنزلة الأجنبي؛ فكأنه دفع الأرض والبذر مزارعة إلى عاملين على أن يكون لكل واحد منهما ثلث الخارج.

وإن كان البذر من قبل العامل وشرطا لعمل عبد صاحب الأرض مع العامل.. لا يجوز؛ كما لو شرطا البقر على صاحب الأرض من قبل العامل كان فاسداً. كذا في «قاضي خان».

٨- (**والشركة**)؛ أي: وشرطت الشركة - وهو الشرط الثامن - (**في الخارج**)؛ لأنه هو المقصود من المزارعة، فتنعقد إجارة في الابتداء وتتم شركة في الانتهاء.

وإذا شرطت الشركة في الخارج.. (**فتفسد**) المزارعة بكل ما يقطع الشركة في الخارج مثل (**إن شرط لأحدهما**)؛ أي: لأحد العاقدين من رب الأرض والعامل (**قفزان**) - جمع قفيز مثل أقفزة - (**معينة**)؛ أي: مسماة من الخارج.

(**أو**) مثل إن شرط لأحدهما أن (**ما يخرج من موضع معين**) من الأرض (**كالماذيانات**) في «المغرب» الماذيانات: جمع الماذيان، وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول فارسي معرب، وقيل: ما يجتمع فيه ماء السيل، ثم تسقى منه الأرض. انتهى.

(**والسواقي**) - جمع الساقية -: وهي فوق الجدول ودون النهر. كذا في «المغرب».

والحاصل: أنهما لو شرطا أن ما يخرج في هذه الناحية من الأرض لأحدهما والباقي للآخر.. تفسد؛ لعقد الشرط المذكور؛ لاحتمال أن لا يخرج إلا من ذلك الموضع فتنقطع الشركة في الخارج.

أَو أَن يُرفَعَ قَدرُ الْبذرِ، أَوِ الْخراجِ وَيُقسَمَ مَا بقي، أَو أَن يكونَ التِّبْنُ لأَحَدِهمَا وَالْحبُّ للآخرِ، أَو يكونَ الْحبُّ بَينهمَا والتِّبنُ لغيرِ ربِّ الْبذرِ، أَو يكونَ التِّبْنُ بَينَهمَا وَالْحبُّ لأَحَدِهمَا.

وإِنْ شُرِطَ كَونُ الْحَبِّ بَينَهمَا، والتِّبنِ لربِّ الْبذرِ، أَو شُرِطَ دَفعُ الْعُشْرِ.. صحَّت.

(أو) شرطا (**أن يرفع**) صاحب البذر (**قدر البذر أو الخراج ويقسم ما بقي**) من أيهما كان البذر؛ لاحتمال أن لا يخرج من الأرض إلا ذلك المقدار، فتنقطع الشركة.

والمراد بالخراج هنا: **خراج الموظف**، وهو: ما وظفه الإمام عليهم كل سنة [٦٣٤/أ] بقدر ما تطيق به أرضهم، **لا خراج مقاسمة**، وهو: أن يشترط بعض ما يخرج كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك مما كان جزءاً شائعاً في الخارج.. فإن اشتراطه جائز؛ لعدم إفضائه إلى قطع الشركة.

كما لو شرطا دفع العشر وقسمة الباقي والأرض عشرية، وشرط رب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما.. فإنه جائز؛ لأنه مشاع في الخارج، فلا يفضي إلى قطع الشركة؛ فإن ما من قدر تخرجه الأرض إذا دفع منه عشره أو نصفه أو ثلثه.. بقي بعد ذلك شيء يكون بينهما، فيجوز؛ لعدم انقطاع الشركة.

(أو) شرطا (**أن يكون التبن لأحدهما والحب للآخر**)؛ لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد؛ لأنه يفضي إلى قطع الشركة؛ إذ ربما يصيبه آفة، فلا ينعقد الحب، فلا يخرج إلا التبن.

(**أو يكون الحب بينهما والتبن لغير رب البذر**) لما ذكرناه أيضاً؛ لأنه يفضي إلى قطع الشركة أيضاً بأن لا يخرج من الأرض إلا التبن.

(**أو يكون التبن بينهما والحب لأحدهما**)؛ لأنه يؤدي إلى قطع الشركة أيضاً فيما هو المقصود وهو الحب.

(**وإن شرط كون الحب بينهما والتبن لرب البذر أو شرط دفع العشر.. صحت**) في الصورتين:

وإِنْ لم يتَعَرَّض للتِّبنِ.. فَهُوَ بَينَهمَا.

وَقيلَ: لربِّ الْبِذرِ.

أما في الصورة الأولى: فلأنه شرط يقتضيه العقد؛ لأن مقتضاه: أن يكون الحب بينهما ، والحب لصاحب البذر، حتى لو سكتا عن ذكر التبن.. يكون التبن لصاحب البذر.

وأما في الصورة الثانية: فلأنه شرط لا تنقطع به الشركة كما ذكرناه من قبل.

(وإن لم يتعرض للتبن)؛ أي: لو شرطا الحب بينهما نصفين وسكتا عن ذكر التبن (فهو)؛ أي: التبن (بينهما، وقيل: لرب البذر)؛ أي: صحت المزارعة في هذه الصورة؛ لأنهما شرطا الشركة فيما هو المقصود منها وهو الحب، والتبن يكون بينهما أيضاً عند بعض المشايخ؛ لأنه تبع للحب، والتبع يقوم بشرط الأصل وهو اختيار مشايخ بلخ.

وقال غيرهم: إنه لصاحب البذر؛ لأنه نماء بذره، وفي حقه: لا يحتاج إلى الشرط.

واعلم: أن ما ذكره في مسألة اشتراط التبن وعدم اشتراطه خمس صور؛ ثلاث منها فاسدة، واثنتان جائزتان كما ترى، وهكذا ذكره في «الهداية».

وقد جعل في «قاضي خان»: الصور الفاسدة ستاً، وجعل السادسة منها: ما إذا شرطا أن يكون التبن بينهما وسكتا عن الحب، وعلل فساد هذه الصورة: بأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة في المقصود؛ لاحتمال أن يحصل أحدهما دون الآخر، وهذه عكس الصورة الخامسة التي ذكرها [٦٣٤/ب] المصنف ولم يذكرها المصنف اكتفاء بذكر عكسه.

ثم الصورة التي ذكرها المصنف أولاً وثالثاً تشتمل كل واحدة منهما على صورتين، فيكون المذكور في كلام المصنف صريحاً: خمس صور من الفاسدة وثنتين من الصحيحة فبلغ سبعاً، واكتفى عن الثامنة بعكسه.

وَأجرُ الْحَصَّادِ والرَّفَّاعِ والدَّوسِ والتَّذريةِ: عَلَيْهِمَا بالحصَصِ.

فإِنْ شُرِطَ على الْعَامِلِ.. فَسدَتْ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَصحُّ وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَعَلِيهِ الْفَتْوَى.

(وأجر الحصاد) معنى الحصاد معروف.

(والرَّفاع) بالفتح والكسر، وهو: أن يرفع الزرع إلى التذرية.

(والدوس)، وهو: وطء الزرع بقوائم الدواب.

(والتذرية)، وهو: تمييز الحب من التبن بالريح.

(عليهما بالحصص)؛ لأن العقد يتناهى بتناهي الزرع؛ لحصول المقصود، فيبقى مال مشترك بينهما، فتجب مؤونته عليهما بقدر ماليهما، كما نفس هذه الأعمال؛ فإنها عليهما.

(فإن شرط)؛ أي: الأجرة (على العامل.. فسدت) المزارعة؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين وهو رب الأرض؛ كشرط الحمل أو الطحن، فيفسد به العقد.

وكذا لو شرطا الحصاد والرفاع والدوس والتذرية أنفسها على العامل.. فسدت؛ كما إذا شرطا أجرة هذه الأشياء.

والأصل ههنا: إذا شرط على أحدهما ما ليس من أعمال المزارعة.. تفسد المزارعة، وعمل المزارعة ما ينبت وينمو في الخارج، وما لا ينبت ولا ينمو ولا يزيد في الخارج.. فهو ليس من أعمال المزارعة.

إذا ثبت هذا الأصل.. فنقول: إذا شرط على أحدهما شيئاً من هذه الأشياء أو أجرتها.. فسدت المزارعة في ظاهر الرواية من أيهما كان البذر.

(وعن أبي يوسف: أنه يصح، وهو الأصح، وعليه الفتوى)؛ للتعامل فيه؛ اعتباراً بالاستصناع، وهو اختيار مشايخ بلخ.

وَشَرطُهُ على ربِّ الأَرْضِ مُفسدٌ اتِّفَاقاً.

وَمَا قبلَ الْإِدْرَاكِ؛ كالسقي وَالْحِفْظِ.. فَهُوَ على الْمُزَارِعِ وإِنْ لم يُشْتَرَط.

(**وشرطه على رب الأرض مفسد اتفاقاً**)؛ لما ذكرناه: من أنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين، وإنما جوزه أبو يوسف فيما إذا شرط على العامل للتعامل، وليس في رب الأرض تعامل، ففسد.

لكن ذكر في «الخلاصة» عن أبي يوسف نقلاً عن «النوازل» جواز هذا الشرط مطلقاً؛ سواء كان على العامل أو على رب الأرض، فكان فيه عن أبي يوسف روايتان:

في رواية: أنه يجوز فيما إذا شرط على العامل.

وفي رواية عنه: أنه يجوز مطلقاً.

لكن الظاهر من «الهداية»: ما ذكره المصنف من أنه مفسد بالاتفاق رواية واحدة فيما كان الشرط على رب الأرض.

(**وما قبل الإدراك**)؛ أي: عمل كان قبل الإدراك.

واعلم: أن الأعمال ثلاثة:

منها: ما كان قبل إدراك الزرع، وهو من أعمال المزارعة؛ كالسقي والحفظ.. فهو على المزارع [٦٣٥/أ] كما ذكره في الكتاب.

ومنها: ما كان بعد الإدراك قبل القسمة؛ كالحصاد والدياس والتذرية والرفاع، وهو ليس من أعمال المزارعة، وهذا عليهما على الاشتراك.

ومنها: بعد الإدراك وبعد القسمة، وهو الحمل إلى البيت والطحن، وهو ليس من أعمال المزارعة أيضاً، وهذا يكون عليهما بقدر حصصهما. كذا في «العناية».

والمصنف ذكر النوع الأول بقوله: (**كالسقي والحفظ.. فهو على المزارع وإن لم يشترط**)، وإن شرط ذلك عليه.. لا يفسد؛ لأنه لا يزيده إلا وكادة.

قال في «قاضي خان»: الأصل فيه: أنه إذا شرط في المزارعة على العامل ما

يحصل به الخارج أو يتربى كالحفظ والسقي إلى أن يدرك الزرع.. لا تفسد المزارعة؛ لأن ذلك يستحق عليه بمطلق العقد، فالشرط لا يزيده إلا وكادة.

وكذا لو شرط على العامل ما لا يخرج الأرض بدونه زرعاً معتاداً كشرط الكراب.. لا يفسد العقد.

وإن شرط على العامل ما له أثر في الزيادة على المعتاد.. ينظر في ذلك:

إن كان لا تبقى منفعته بعد انتهاء المزارعة؛ كشرط الكراب.. لا يلزمه من غير شرط، وإذا شرط عليه.. يلزمه لوفاء به.

وإذا شرط على العامل ما يبقى أثره بعد انقضاء المدة؛ كما لو شرط على العامل كري الأنهار الصغار وإصلاح المسناة الثيان.

[وتفسيره] عند البعض: أن يرد الأرض على صاحبها مكروبة.

وعند البعض: زيادة كراب لا تحتاج إليه؛ لخروج الزرع المعتاد.. يفسد العقد؛ سواء كان البذر من العامل أو من صاحب الأرض.

وإن شرط على صاحب الأرض: إصلاح المسناة، وكري الأنهار، وتقريب الماء حتى يمكنه الشرب.. جاز؛ سواء كان البذر من العامل أو من صاحب الأرض؛ لأن ذلك من عمارة الأرض، فيكون على صاحب الأرض بدون الشرط، فالشرط لا يزيده إلا وكادة. انتهى.

فظهر منه: اشتراط كراب الأرض على العامل على الوجهين جائز من أيهما كان البذر.

وأما اشتراطه على رب الأرض: ففيه تفصيل ذكره في «الخلاصة»؛ حيث قال:

ولو شرط كراب الأرض على المزارع.. جاز من أيهما كان البذر.

ولو شرط على رب الأرض:

إن كان البذر من قبل المزارع.. فالمزارعة فاسدة؛ كما لو شرط الحفظ على رب الأرض.

وإن كان البذر من قبل رب الأرض:

إن لم يبين للكراب وقتاً.. فسدت؛ لجهالة [٦٣٥/ب] وقت المزارعة؛ لأن التسليم بعده يقع.

وإن بين وقته.. جاز؛ لأن المزارع يقبلها مكروبة، والمزارعة تقع من ذلك الوقت وهو معلوم، وعمل رب الأرض مِن قَبلِهِ، ولم يكن شرط عمله في المزارعة.

بخلاف ما إذا كان البذر من قبل المزارع؛ لأنه يجبر على التسليم من حين عقد، فيقع شرط عمله بعده في حال الشركة.. فلا يجوز، هكذا ذكر هذه المسألة.

ثم قال: ولو شرط في المزارعة على أحدهما إلقاء السرقين:

إن شرط على المزارع.. فالمزارعة فاسدة من أيهما كان البذر، والخارج كله للمزارع إن كان البذر منه، وعليه أجر مثل الأرض، ولا يغرم رب الأرض شيئاً للمزارع من قيمة السرقين الذي طرحه في الأرض.

وإن كان البذر من رب الأرض.. فالخارج له، وعليه أجر مثل عمل المزارع في أرضه وقيمة ما طرح من السرقين.

وإن شرط السرقين على رب الأرض:

إن كان البذر من المزارع.. فالمزارعة فاسدة، والخارج للمزارع، وعليه أجر مثل الأرض وقيمة السرقين.

وإن كان البذر من رب الأرض.. فالمزارعة جائزة.

وإن شرط إلقاء السرقين رب الأرض.. قالوا: إن شرط على المزارع.. جاز من أيهما كان البذر، وإن شرط على رب الأرض؛ إن كان البذر من العامل.. لا يجوز، وإن كان البذر من رب الأرض.. يجوز.

وَإِذا كَانَ الْبِـذرُ وَالْأَرْضُ لأَحَـدِهِمَا، وَالْعَمَـلُ وَالْبَقَـرُ لِلْآخـرِ، أَوِ الأَرْضُ لأَحَدِهِمَا والبقيَّةُ لِلْآخرِ، أَوِ الْعَمَلُ لأَحَدِهِمَا والبقيَّةُ لِلْآخَرِ.. ....

ولو شرط أن لا يسرقنها أحدهما.. فالمزارعة جائزة على أيهما شرط، والبذر من المزارع أو من رب الأرض.

ولو شرط الدولاب أو الدالية على المزارع.. يجوز مطلقاً؛ كاشتراط البقر عليه.

ولو شرط على رب الأرض:

إن كان البذر منه.. يجوز أيضاً.

وإن كان من المزارع.. لا يجوز.

ولو شرط العلف مع الدابة على المزارع.. جاز من أيهما كان البذر.

وعلى رب الأرض؛ إن كان البذر منه.. جاز، وإن من المزارع.. لا يجوز.

(وإذا كان البذر والأرض لأحدهما والعمل والبقر) وسائر الآلات (للآخر).

هذا شروع في أنواع المزارعة على قول من يجوزها، وهي على ما ذكره: ستة؛ ثلاثة منها جائزة، وثلاثة منها فاسدة.

أما الثلاثة الجائزة:

١- أحدها هذه، وإنما جازت هذه؛ لأن صاحب الأرض يصير مستأجراً للعامل ليعمل العامل ببقره لصاحب الأرض والبذر.

٢- والثاني ما ذكره بقوله: (أو الأرض لأحدهما والبقية)؛ أي: البذر والعمل والبقر والآلات (للآخر)، وإنما جاز هذا إذا شرط [٦٣٦/أ] لصاحب الأرض شيئاً معلوماً من الخارج؛ لأن صاحب البذر حينئذ يكون مستأجراً للأرض بشيء معلوم من الخارج، فيجوز.

٣- والثالث ما ذكره بقوله: (أو العمل لأحدهما والبقية للآخر)؛ لأن صاحب الأرض حينئذ يكون مستأجراً للعامل بشيء معلوم من الخارج ليعمل في أرضه ببقره وبذره، فيجوز.

صحَّت.

وإِنْ كَانَتِ الأَرْضُ وَالْبَقرُ لأَحَدِهِمَا، وَالْبذْرُ وَالْعَمَلُ للْآخرِ.. بطلَت.

وَكَذَا لَو كَانَ الْبذرُ وَالْبَقرُ لأَحَدِهِمَا، وَالْأَرْضُ وَالْعَمَلُ للْآخرِ، أَوِ الْبذرُ لأَحَدِهِمَا وَالْبَاقِي للْآخرِ.

(.. صحت)؛ أي: في كل من الصور الثلاث؛ لما ذكرناه.

ولما ذكر الصور الثلاث الصحيحة.. شرع في بيان الصور الثلاث الفاسدة:

١- الأولى منها: ما ذكره بقوله: (**وإن كانت الأرض والبقر لأحدهما، والبذر والعمل للآخر.. بطلت**)؛ لأن صاحب البذر يصير مستأجراً الأرض والبقر بشيء معلوم من الخارج، فتفسد.

بخلاف ما لو كان صاحب البذر مستأجراً الأرض فقط بشيء معلوم من الخارج دون البقر.. فإنه جائز كما تقدم. هذا جواب ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه يجوز أيضاً؛ لمكان العرف فيه.

قال في «قاضي خان»: والفتوى: على ظاهر الرواية؛ لأن منفعة الأرض لا تجانس منفعة البقر؛ فإن منفعة الأرض: إنبات البذر؛ لقوة في طبعها، ومنفعة البقر: العمل؛ فإذا لم تكن منفعة البقر من جنس منفعة الأرض.. لا يكون البقر تبعاً للأرض، فيبقى استئجار البقر مقصوداً بشيء من الخارج، وذلك فاسد؛ كما لو كان البقر فقط، والباقي للآخر.

٢- (**وكذا**)؛ أي: بطلت (**لو كان البذر والبقر لأحدهما والأرض والعمل للآخر، أو البذر لأحدهما والباقي للآخر**)؛ أما في هذه الصورة؛ فلأن البذر فقط إذا كان لأحدهما.. يكون صاحب البذر مستأجراً الأرض، فلا بد من التخلية بينه وبين الأرض، والأرض بها في يد العامل - أعني - صاحب الأرض لا في يد المستأجر - أعني - صاحب البذر، وهذا هو وجه الفساد في الصورة الثانية أيضاً.

٣- **واعلم**: أن من الصور الفاسدة: ما إذا كان البقر فقط لأحدهما والباقي للآخر؛ كما ذكرناه في أثناء الشرح، وبه صرح في «قاضي خان» و«الخلاصة» ولم

يذكره المصنف.

ثم هذه الصور كلها: إذا كانت الأرض لأحدهما والبذر لأحدهما؛ فإن كانت الأرض لأحدهما وشرطا أن يكون البذر منهما:

إن شرطا العمل على غير صاحب الأرض، وشرطا أن يكون الخارج بينهما نصفين.. كانت فاسدة؛ لأن صاحب الأرض يصير قائلاً للعامل: ازرع أرضي ببذري على أن يكون الخارج كله لي، وازرع أرضي ببذرك على أن يكون [٦٣٦/ب] الخارج كله لك.. كان فاسداً؛ لأن هذه مزارعة بجميع الخارج بشرط إعادة نصف الأرض من العامل.

وكذا: لو شرطا أن يكون الخارج بينهما أثلاثاً؛ ثلثاه للعامل، وثلثه لصاحب الأرض، أو على العكس.. كان فاسداً؛ لأن فيه إعارة الأرض، وإذا فسدت المزارعة.. كان الخارج بينهما على قدر بذرهما، وسلم لصاحب الأرض ما أخذه من الخارج؛ لأنه نماء ملكه حصل في أرضه، وله على الآخر أجر نصف الأرض؛ لأن الآخر استوفى منفعة أرضه بعقد فاسد، وما أخذه من الخارج.. يطيب له مقدار بذره ويدفع من الباقي أجر نصف الأرض.

ولو كانت الأرض لأحدهما والبذر منهما، وشرطا العمل عليهما على أن يكون الخارج بينهما نصفين.. جاز؛ لأن كل واحد منهما عامل في نصف الأرض ببذره، فكانت هذه إعارة نصف الأرض لا بشرط العمل له.. فجاز، بخلاف الأول كذا في «قاضي خان».

وهذا كله من الصورة الفاسدة.

والصحيح مما ذكره المصنف ومما ذكره «قاضي خان»: فيما إذا كانت الأرض لأحدهما، وأما إذا كانت الأرض لهما.. ففيه تفصيل:

وَإِذا صحَّت.. فالخارجُ على الشَّرْطِ.

وإِنْ لم يَخرُجْ شَيْءٌ.. فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ.

وَمن أَبى عَنِ الْمُضِيّ بعدَ العقدِ.. أُجبِرَ، إِلّا ربُّ الْبذرِ.

ذكره في «قاضي خان» أيضاً؛ حيث قال: ولو كانت الأرض بينهما، وشرطا أن يكون البذر والعمل من أحدهما والخارج بينهما نصفان.. لا يجوز؛ لأن من لا بذر منه: يكون قائلاً للآخر: ازرع أرضك ببذرك على أن يكون الخارج كله لك وازرع أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لي، فكان العقد في حقه مزارعة بجميع الخارج.. فلا يجوز.

ولو كان البذر من الدافع والعمل على الآخر والخارج بينهما نصفان.. لا يجوز أيضاً، وتفصيله في «قاضي خان».

(وإذا صحت) المزارعة كما في الصور الثلاث المذكورة (.. فالخارج على الشرط)؛ لأن الالتزام صحيح، والمسلم على شروطه.

(وإن لم يخرج شيء.. فلا شيء للعامل)؛ لأنها إن كانت إجارة.. فالواجب في العقد الصحيح: المسمى، وهو معدوم ههنا، وإن كانت شركة.. فالشركة في الخارج لا في غيره، ولا خارج.

بخلاف ما إذا فسد العقد؛ كما سيصرح به.

(ومن أبى عن المضي بعد العقد.. أجبر إلّا رب البذر)؛ يعني: إذا عقدت المزارعة عقداً صحيحاً، فامتنع أحدهما عن المضي؛ فإن كان الممتنع عن العمل هو الذي ليس من قبله البذر.. أجبره الحاكم على العمل بموجب العقد؛ لأن الوفاء به ممكن بلا ضرر يلحقه، فلزم العقد كما يلزم في سائر الإجارات.

إلا إذا كان امتناعه بعذر انفسخت به الإجارة [٦٣٧/أ].. فتنفسخ به المزارعة.

وإن كان الممتنع هو رب البذر.. فله ذلك؛ لأنه لا يتوصل إلى الوفاء بالعقد والمضي بموجبه إلا بإتلاف ماله وهو البذر، وفيه ضرر يلزمه، فلا يجبر على ذلك؛

وَإِن فَسدَتْ.. فالخارجُ لربِّ الْبِذرِ، وَللْآخرِ أَجرُ مِثلِ عَمَلِهِ، أَو أَرضِهِ.

وَلَا يُزَادُ على مَا شُرِطَ.

خلافاً لمُحَمدٍ.

وَإِن فَسدَتْ لكَونِ الأَرْضِ وَالْبَقَرِ فَقَط ....

كما إذا استأجر لهدم داره ثم امتنع.

والأصل ههنا: **أن المزارعة لازمة من قبل من لا بذر منه**؛ حتى لا يملك الفسخ إلا بعذر.

وغير لازمة من قبل من له بذر قبل إلقاء البذر في الأرض؛ حتى يملك الفسخ من غير عذر؛ لأن فيه إتلاف ماله.. فلا يجبر عليه.

(وإن فسدت) المزارعة (.. فالخارج لرب البذر)؛ لأنه نماء ملكه وهو البذر (وللآخر أجر مثل عمله أو أرضه)؛ سواء أخرجت الأرض شيئاً أو لم تخرج؛ لأن أجر المثل في الذمة، والذمة لا تفوت بعدم الخارج.

ثم إن كان البذر من قبل العامل.. فلرب الأرض أجر مثل أرضه.

وإن كان من قبل رب الأرض.. فللعامل أجر مثل عمله.

(ولا يزاد) أجر المثل (على ما شرط) في العقد عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(خلافاً لمحمد)، قال: له أجر مثل عمله بالغاً ما بلغ؛ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد، فيجب عليه قيمتها؛ إذ لا مثل لها.

ولهما: أنه قد رضي بسقوط الزيادة على المسمى، ولزوم أجر مثل الأرض على هذا الخلاف أيضاً.

قالا: لا يزاد على ما شرط.

وقال محمد: يزاد كذا في «العناية».

(وإن فسدت) المزارعة (لكون الأرض والبقر فقط)؛ أي: دون العمل والبذر

لأَحَدِهِمَا.. لزمَ أَجرُ مثلِهمَا هُوَ الصَّحِيحُ.

وَإِذا فَسدَتْ وَالْبِذْرُ لربِّ الأَرْضِ.. فالخارجُ كُلُّهُ حِلٌّ لَهُ.

وإِنْ لِلْعَامِلِ.. تصدَّقَ بِمَا فضلَ عَن قدرِ بذرِهِ وَأُجْرَةِ الأَرْضِ.

(**لأحدهما.. لزم أجر مثلهما، هو الصحيح**)؛ يعني: لو كان الأرض والبقر لأحدهما والباقي للآخر حتى فسدت المزارعة.. لزم أجر مثل الأرض والبقر على العامل وهو صاحب البذر؛ لأن البقر له مدخل في المزارعة، فتنعقد المزارعة عليه فاسداً، فيجب أجر مثل.

قال محمد في «الأصل»: وكما يجب أجر مثل الأرض في المزارعة الفاسدة.. يجب أجر مثل الأرض أيضاً.

وقال صاحب «الخلاصة» في أول المزارعة: ومراده من قوله: «يجب أجر مثل الأرض والبقر»: أنه يجب أجر مثل الأرض مكروبة؛ أما البقر.. فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة. انتهى.

فالمصنف أشار بقوله: «هو الصحيح»: إلى رد ما في «الخلاصة»، ووجه الرد: ما ذكرناه.

(**وإذا فسدت**) المزارعة (**والبذر لرب الأرض.. فالخارج كله حلّ له**)؛ أي: لرب البذر، وهو رب الأرض؛ لأنه نماء ملكه حصل في أرضه فحل له.

(**وإن**) كان البذر (**للعامل.. تصدق بما فضل عن قدر** [٦٣٧/ب] **بذره وأجرة الأرض**) وما أنفق عليه أيضاً؛ يعني: يأخذ من الخارج قدر بذره وقدر أجرة الأرض وقدر ما أنفق عليه، ويعطي من المأخوذ: أجرة الأرض، ويتصدق ما فضل من قدر البذر وأجرة الأرض والنفقة؛ لأن الزيادة حصلت له من أرض الغير بعقد فاسد.. فلا تطيب له.

وإذا فسدت المزارعة والبذر لأحدهما، والعمل والبقر والأرض للآخر.. فالخارج لصاحب البذر، وللعامل أجر مثل عمله وبقره وأرضه.

وَإِذا أَبى ربُّ الْبِذرِ عَنِ الْمُضِيّ، وَقد كَرَبَ الْعَامِلُ الأَرْضَ.. فَلَا شَيْءَ لَهُ حُكماً، ويستَرضَى ديانَةً.

وَتبطلُ الْمُزَارعَةُ بِمَوْتِ أَحدِهمَا.

وتُفسَخُ بالأَعذارِ؛ كَالْإِجَارَةِ، ....

(وإذا أبى رب البذر) وهو رب الأرض (عن المضي) بموجب العقد (وقد كرب العامل الأرض.. فلا شيء له)؛ أي: للعامل (حكماً)؛ أي: قضاء؛ لأن المأتي به مجرد المنفعة، وهو لا يتقوم إلا بالعقد، والعقد قوّمه بجزء من الخارج، وقد فات ذلك الجزء بالإباء.

(ويسترضى) صاحب الأرض الذي البذر منه (ديانةً)؛ لأنه غرّه في الاستعمال.

(وتبطل المزارعة بموت أحدهما) إذا عقدا لأنفسهما؛ لأنها عقد فيه معنى الإجارة، فكما تبطل الإجارة بموت أحد العاقدين على ما مر في الإجارة.. فكذا تبطل المزارعة أيضاً.

قالوا: هذا على إطلاقه هو جواب القياس.

وفي الاستحسان: إذا مات أحدهما وقد نبت الزرع.. يبقى عقد الإجارة حتى يستحصد ذلك الزرع، ثم يبطل العقد في الباقي من المدة؛ لأن في إبقاء العقد إلى الحصاد: مراعاة الحقين، فيعمل العامل أو ورثته على حاله؛ فإذا حصد.. يقسم على ما شرطا، وبعد الحصاد لا ضرورة في الباقي، فتبطل.

فلو مات رب الأرض قبل الزراعة بعدما كرب الأرض وحفر الأنهار.. انتقضت المزارعة؛ لأنه ليس في ذلك إتلاف مال على المزارع، ولا شيء للعامل بمقابلة عمله؛ لأن عمله إنما يقوم بالعقد، والعقد قوّمه بالخارج، ولا خارج ههنا.. فلا يجب شيء.

بخلاف المسألة الأولى؛ فإنه يفتى فيها بالإرضاء؛ لأنه غرّه على ما تقدم، ولم يوجد التغرير ههنا؛ لأن الموت يأتي بلا صنع منه.

(وتفسخ بالأعذار؛ كالإجارة).

فتفسَخُ إِنْ لَزِمَ دَينٌ مُحوِجٌ إِلَى بيعِ الأَرْضِ قبلَ نَبَاتِ الزَّرْعِ، لَا بعدَهُ، مَا لم يُحصَدْ.

وَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ إن كَانَ كَرَبَ الأَرْضَ، أَو حَفَرَ النَّهرَ.

وإنْ تمَّت مدَّتُهَا قبلَ إِدْرَاكِ الزَّرْعِ.. فعلى الْعَامِلِ أجرُ مِثلِ حِصَّتِهِ مِنَ الأَرْضِ حَتَّى يُدْرِكَ، وَنَفَقَةُ الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا بِقدرِ حِصَصِهِمَا.

وَأَيُّهمَا أَنْفق بِغَيْرِ إِذنِ الآخَرِ وَلَا أَمرِ قاضٍ.. فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ، ....

الظاهر: أنها قيد لكل من الموت والفسخ؛ فإن الإجارة تبطل بالموت وتفسخ بالأعذار، كما تقدم.

فبين العذر بقوله: (فتفسخ)؛ أي: المزارعة (إن لزم) رب الأرض (دين محوج إلى بيع الأرض قبل نبات الزرع)؛ لأن الدين عذر كما في الإجارة، فتفسخ وتباع للدين قبل النبات.

(لا بعده، ما لم يحصد)؛ لما ذكرنا [٦٣٨/أ] في المسألة الأولى: من أن في إبقاء العقد بعد الزرع إلى الحصاد: مراعاة الحقين ما أمكن، وفي البيع: إبطال حق المزارع من كل وجه.

(ولا شيء للعامل) لعمله (إن كان كرب الأرض أو حفر النهر) لما ذكرناه في المسألة الأولى.

(وإن تمت مدتها)؛ أي: مدة المزارعة (قبل إدراك الزرع.. فعلى العامل أجر مثل حصته من الأرض حتى يدرك) الزرع؛ لأن العقد قد انتهى بمضي المدة، ولو قلع الزرع.. لتضرر، فبقيناه بأجر المثل إلى الحصاد، فيجب على غير صاحب الأرض حصته من أجر المثل؛ لأنه استوفى منفعة أرض الغير بدون عقد.

(ونفقة الزرع عليهما بقدر حصصهما)؛ لأن الخارج ملكهما، فالمؤونة فيه عليهما؛ كأجرة الحصاد والرفاع والدوس كما تقدم.

(وأيهما أنفق بغير إذن الآخر ولا أمر قاض.. فهو متبرع)؛ لأنه لا ولاية له عليه،

وَلَيْسَ لربِّ الأَرْضِ أَخذُ الزَّرْعِ بَقلاً.

وإِنْ أَرَادَ الْمزَارِعُ ذَلِكَ.. قيل لربِّ الأَرْضِ: اقلعِ الزَّرْعَ لِيَكُونَ بَيْنكُمَا، أَو أَعْطِهِ قيمَةَ نصِيبِهِ، أَو أَنْفِق أَنْتَ على الزَّرْعِ وارجعْ فِي حِصَّتِهِ.

وَلَو مَاتَ ربُّ الأَرْضِ وَالزَّرْعُ بقلٌ.. فعلى الْعَامِلِ الْعَمَل إِلَى أَن يُدْركَ.

وإِنْ مَاتَ الْعَامِلُ فَقَالَ وَارِثُهُ: أَنا أَعملُ إِلَى أَن يستحصِدَ.. فَلَهُ ذَلِكَ وإِنْ أَبى ربُّ الأَرْضِ.

ولا هو مضطر إلى ذلك؛ لأنه يمكنه أن ينفق بأمر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشتركة.

(وليس لرب الأرض أخذ الزرع بقلاً)؛ لأن فيه ضرراً للمزارع.

(وإن أراد المزارع ذلك)؛ أي: الأخذ بقلاً (.. قيل لرب الأرض: اقلع الزرع ليكون بينكما، أو أعطه قيمة نصيبه، أو أنفق أنت على الزرع وارجع في حصته)؛ دفعاً للضرر عنه؛ يعني: إذا أراد المزارع ذلك.. فرب الأرض مخير بين الخيارات الثلاثة؛ دفعاً للضرر عنه.

(ولو مات رب الأرض والزرع بقل.. فعلى العامل العمل إلى أن يدرك) استحساناً؛ لبقاء العقد كما تقدم.

(وإن مات العامل، فقال وارثه: أنا أعمل إلى أن يستحصد.. فله ذلك)؛ لأنه قائم مقام مورثه.. فله ذلك، وفيه نظر أيضاً.

(وإن) وصلية (أبى رب الأرض)؛ لأن فيه ضرراً على الوارث، فلا يلتفت إليه.

وإن أبى الوارث عن العمل.. فلا يجبر على العمل؛ لأنا أبقينا العقد نظراً له، وإذا ترك النظر لنفسه.. كان له ذلك.

* * *

(كتاب المساقاة)

(كتابُ الْمُسَاقَاةِ)

هيَ: دَفعُ الشّجَرِ إِلى مَن يُصلِحُهُ بجزءٍ مِن ثمرِهِ.

وَهِيَ كالمزارعةِ حُكماً وَخِلَافاً وشروطاً، إِلّا الْمدَّةُ؛ فإِنَّها تصحُّ بِلَا ذِكرِهَا. ....

(كِتَابُ المُسَاقَاةِ)

(هي: دفع الشجر) ونحوه مما سيأتي ذكره (إلى من يصلحه بجزء من ثمره)، هذا معناها الشرعي، وهي معناها اللغوي أيضاً؛ لأنها في لغة أهل المدينة: هي المعاملة.

(وهي)؛ أي: المساقاة (كالمزارعة حكماً).

قال في «الخلاصة»: أما بيان حكم المزارعة.. فيكون حكماً بثبوت الملك في منفعة الأرض إذا كان البذر من جهة الزارع والشركة في الخارج. انتهى.

فقس عليه حكم المساقات، فما في «شرح المجمع»: من أن المراد بالحكم [٦٣٨/ب] ههنا: كون الفتوى على صحتها كما في المزارعة.. ليس بشيء.

(وخلافاً) بين أبي حنيفة وصاحبيه كما في المزارعة.

(وشروطاً)؛ يعني: شروط المساقاة عندهما: هي شروط المزارعة المذكورة فيما سبق.

(إلا المدة؛ فإنها)؛ أي: المساقاة (تصح بلا ذكرها)؛ أي: ذكر المدة؛ يعني: لا يشترط فيها بيان المدة استحساناً؛ لأن وقت إدراك الثمر معلوم.

وقيل: ما يتفاوت، فيدخل فيه ما هو المتيقن، بخلاف الزرع؛ لأن ابتداءه يختلف، وانتهاءه يبنى عليه، فتدخل في الجهالة الفاحشة.

قال في «الزيلعي»: وشروطها عندهما: شروط المزارعة في جميع ما ذكر، إلا في أربعة أشياء:

وَتَقَعُ عِلى أَوَّلِ ثَمَرَةٍ تخرجُ.

أحدها: إذا امتنع أحدهما.. يجبر عليه؛ لأنه لا ضرر عليه في المضي، بخلاف المزارعة؛ حيث لا يجبر صاحب البذر إذا امتنع.

والثاني: إذا انقضت المدة.. يترك بلا أجر، ويعمل بلا أجر، وفي المزارعة: بأجر.

والثالث: إذا استحق النخيل.. يرجع العامل بأجر مثله، والمزارع بقيمة الزرع.

والرابع: في بيان المدة؛ فإنه إذا لم يبين فيها المدة.. يجوز استحساناً، ولا تجوز المزارعة.

ولم يستثن المصنف الثلاثة الأولى من الشرط؛ لأنه لم يعدها من شروط المزارعة.

وعلى ما ذكره «الزيلعي»: بقي شيء ينبغي استثناؤه أيضاً، وهو: ما ذكره في «الخلاصة»؛ حيث قال: المعاملة لازمة من الجانبين، حتى لو أراد أحدهما السفر.. ليس له الفسخ إلا بعذر، والمزارعة لازمة من قبل من له البذر قبل إلقاء البذر في الأرض.

(**وتقع على أول ثمرة تخرج**) في أول السنة؛ لأنه معلوم، والتفاوت فيه قليل، فيقع العقد عليه.

بخلاف ما إذا دفع إليه غرساً نبت ولم يثمر بعد بطريق المساقاة.. حيث لا يجوز إلا ببيان المدة؛ لأنها تتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً، فلا يمكن صرفه إلى أول ثمر يخرج منه.

وبخلاف ما إذا دفع إليه نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها حتى يذهب أصولها؛ لأنه لا يعرف متى ينقطع النخيل والرطاب؛ لأن الرطبة تنمو ما دامت مركبة في الأرض، فتكون المدة مجهولة.. فتفسد المساقاة.

وكذا: تفسد إذا أطلق في الرطبة ولم يزد على قوله: «حتى تذهب».

وَفِي الرّطبَةِ على إِدْرَاكِ بذرِها.

بخلاف ما إذا أطلق في النخيل.. فإنه يجوز وينصرف إلى أول ثمر يخرج.

والفرق: أن لإدراك ثمر النخيل وقتاً معلوماً، ولا يعرف في الرطبة أول جزء منه [٦٣٩/أ]؛ لأنه لا يعرف متى يخرج، حتى لو كان معروفاً.. جاز هذا أيضاً؛ لعدم الجهالة.

(وفي الرطبة): تقع (على إدراك بذرها).

البزر - بالزاي المعجمة -: مختص بالبقول والرياحين على المشهور في الاستعمال.

وأما البذر - بالذال المعجمة -: فهو المبذور في الأرض من الحبوب مطلقاً.

وقال بعضهم: هو مختص بالحنطة والشعير. كذا في «المصباح».

وصورة المسألة ههنا: إذا دفع رطبة قد انتهى جزازها، على أن يقوم المدفوع إليه على حفظها وسقيها حتى يخرج بذرها على ما رزق إليه في ذلك من بزره فهو بيننا نصفان، ولم يسميا وقتاً له.. فهو جائز استحساناً للتعامل؛ لأن لإدراك البذر وقتاً معلوماً عند المزارعين، والبذر يحصل بعمل العامل، فاشتراط المناصفة في البذر بطريق المساقاة: جائز، فيكون الرطبة لصاحبها؛ إذ لا أثر لعمل العامل فيها والبذر على ما شرطا كثمر الشجر، حتى لو شرطا بنصف الرطبة.. فسدت المساقاة؛ لاشتراطها الشركة فيما هو حاصل قبل المساقاة بدون عمل العامل؛ كما في الشجر الحاصل بدون عمل العامل؛ لأن الأصل في هذا الباب: أن المعاملة متى عقدت على ما هو في حد النمو والزيادة.. صحت، وإذا عقدت على ما تناهى عظمه وصار بحال لا يزيد في نفسه بسبب عمل.. لا تصح، حتى لو زرع أرضه ونبت الزرع إلا أنه لم يتناهى، فدفع إلى غيره معاملة حتى يربيه العامل ويسقيه ويحفظه.. يجوز، وإن تناهى، فدفع الأرض مع الزرع المتناهي مزارعة بالنصف ليحفظه ويحصده.. لا يجوز.

وَلَو دفعَ نخيلاً أَو أُصُولَ رُطبَةٍ ليقومَ عَلَيْهَا، أَو أطلقَ فِي الرّطبَةِ.. فَسدَتْ.

ويُفسِدُها ذِكرُ مُدَّةٍ لَا يَخرجُ الثَّمرُ فِيهَا.

وإِنِ احْتُمِلَ خُرُوجُهَا وَعَدَمُهُ.. جَازَت.

فَإِن خرجَ فِيهَا.. فعلى الشَّرْطِ.

وإِنْ تَأَخَّرَ عَنْهَا.. فَسدَتْ، ....

[(ولو دفع نخيلاً أو أصول رطبة ليقوم عليها، أو أطلق في الرطبة.. فسدت)][1].

(ويفسدها)؛ أي: المساقاة: (ذكر مدة لا يخرج الثمر فيها)؛ كما أفسد المزارعة ذكر مدة لا يتمكن فيها الزراعة، وإنما فسد هذا؛ لأنه فات الشركة بينهما في الخارج.

(وإن احتمل خروجها) في المدة المذكورة (وعدمه.. جازت) موقوفاً، على ما في «الخلاصة» ؛ فإنه قال: وإن كانت مدة يخرج الثمر فيها وقد لا يخرج.. فالمعاملة موقوفة.

(فإن خرج الثمر فيها)؛ أي: في المدة المضروبة (.. فعلى الشرط)؛ أي: صحت المعاملة على ما شرطا.

(وإن تأخر عنها)؛ أي: عن المدة المضروبة (.. فسدت)؛ لفوات الشركة في الخارج في المدة المضروبة.

أطلق المسألة، وهي مقيدة؛ لما في «الخلاصة».

وهذا.. إذا أخرجت شيئاً في المدة المضروبة مما يرغب في مثله في المعاملة.

وإن أخرجت شيئاً لا يرغب في مثله في المعاملة.. لا تجوز المعاملة.

وإن لم يخرج النخيل شيئاً في تلك المدة.. ينظر [٦٣٩/ب]:

إن أخرجت بعد مضي تلك المدة في تلك السنة.. فالمعاملة فاسدة.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من المتن.

وَكَذَا: كلُّ مَوضِعٍ فَسدَتْ فِيهِ.

وَإِن لَم يخرُج شَيْءٌ.. فَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَتَصِحُّ الْمُسَاقَاةُ فِي النّخلِ وَالْكَرْمِ وَالشَّجَرِ والرِّطابِ وأُصولِ الباذنجانِ.

وإن لم تخرج في تلك السنة لعلّة حدثت بها.. فالمعاملة جائزة. انتهى.

فظهر منه: أن قوله «فإن خرج فيها فعلى الشرط» ليس على إطلاقه.

(وللعامل أجر مثله)؛ أي: إذا فسدت المعاملة.. فللعامل أجر مثل عمله؛ لأنها في معنى الإجارة كالمزارعة.

(وكذا كل موضع فسدت) المعاملة (فيه)؛ أي: في موضع؛ يعني: للعامل أجر مثل عمله؛ لما ذكرناه.

(وإن لم يخرج شيء) من الثمر لا في المدة المضروبة، ولا بعدها (.. فلا شيء له)؛ أي: للعامل؛ لأن العقد حينئذ باق على الصحة - كما ذكرناه من «الخلاصة» - فلا يلزمه أجر المثل، ولم يوجد الخارج.. فلا شيء له أصلاً.

(وتصح المساقاة في النخل والكرم والشجر والرطاب وأصول الباذنجان)؛ لإطلاق الأثر الوارد في هذا الباب.

فإذا صحت المعاملة في هذه الأشياء؛ فلو دفع إلى رجل نخلاً معاملة بالنصف، فيه طَلْعٌ ولم يسم وقتاً، أو دفعه بعدما صار بسراً أخضر أو أحمر، غير أنه لم ينته عظمه.. جازت المعاملة؛ لأنه في الزيادة بعد، وقد تقرر: أن المعاملة متى عقدت على ما هو في حد النمو والزيادة.. صحت، وإذا عقدت على ما تناهى عظمه وصار بحيث لا يزيد في نفسه بسبب عمل العامل.. لا تصح المعاملة.

لأن في الأول: يحتاج إلى عمل العامل، ونهايته معلومة، فصحت.

وفي الثاني: لم يحتج إلى عمله، فلم تصح؛ فإذا عمل فيه.. كان له أجر مثله.

ولو دفع إلى رجل غراس نخل أو شجر أو كرم، وقد علق في الأرض ولم يبلغ الثمر، على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقح النخل: فما خرج من ذلك فهو بيننا نصفان..

فَإِن كَانَ فِي الشَّجَرِ ثَمَرٌ؛ إِنْ كَانَ يَزِيدُ بِالْعَمَلِ.. صحت، وإِلَّا.. فَلَا.

وَكَذَا: فِي الْمُزَارِعَةِ لَو دفعَ أَرضاً فِيهَا بقلٌ.

وَمَا قبلَ الْإِدْرَاكِ؛ كالسقيِ والتَّلقيحِ ....

كانت فاسدة وإن لم يسم مدة معلومة؛ لأن الكرم والنخل والشجر يتفاوت باختلاف قوة الأرض وضعفها، لا يدري كم يحمل النخل والشجر والكرم؛ فإن بينا لذلك وقتاً.. صح، وإلا.. فلا.

ولو دفع أصول رطبة في أرضٍ معاملةً ولم يسم الوقت.. يكون فاسداً؛ لأن الرطبة ليس لها نهاية تنتهي إليها، بل ما كان في الأرض ينمو ساعة فساعة على مرور الزمان؛ فإن كانت رطبة لنباتها غاية تنتهي إليها، ثم تقطع، ثم يخرج بعد ذلك.. جازت المعاملة من غير بيان الوقت، وتكون المعاملة على أول جزة تكون. كذا في «قاضي خان».

وفي تخصيص الرطب وأصول الباذنجان بالذكر: إشارة إلى أنهما من أنواع الشجر؛ لأن الشجر اسم لما له ساق، ولهما ساق.

ثم إذا صحت المعاملة في هذه الأشجار؛ (**فإن كان في الشجر ثمر؛ إن كان يزيد بالعمل**)؛ أي: بعمل العامل (.. **صحت**) المساقاة، (**وإلا**)؛ أي: وإن لم يكن فيه ثمر كذلك [٦٤٠/أ] (.. **فلا**) تصح المعاملة؛ لما ذكرناه: من أن الأصل في المعاملة: أن تنعقد على ما هو في حدّ النمو والزيادة حتى أثر فيه عمل العامل.

(**وكذا في المزارعة لو دفع أرضاً**) مزارعة (**فيها بقل**)؛ يعني: إن كان البقل يزيد بعمل المزارع.. صحت المزارعة، وإلا بأن يستحصد الزرع.. فلا؛ لما ذكرناه أيضاً.

(**وما**)؛ أي: عمل يكون (**قبل الإدراك**)؛ أي: إدراك الثمر في المعاملة (**كالسقي**)؛ أي: سقي الشجر (**والتلقيح**).

وفي «المصباح»: لقَّحت النخيل تلقيحاً: بمعنى: أَبَّرت، واللَّقاح: اسم لما يلقح به.

وَالْحِفْظِ.. فعلى الْعَامِلِ.

وَمَا بعدَهُ؛ كالجِذاذِ وَالْحِفْظِ.. فعلَيْهِمَا.

وَلَو شُرِطَ على الْعَامِلِ.. فَسدَتِ اتِّفَاقاً.

وَتبطلُ بِمَوْتِ أَحدِهمَا.

(**والحفظ.. فعلى العامل**)؛ لأنها من أعمال المعاملة، فتكون على العامل.

(**وما**)؛ أي: عمل يكون (**بعده**)؛ أي: بعد الإدراك (**كالجذاذ**)؛ أي: قطع الأثمار (**والحفظ.. فعليهما**)؛ لأنه بعد الإدراك ليس من أعمال المعاملة.

(**ولو شرط**) ما يكون بعد الإدراك (**على العامل.. فسدت اتفاقاً**)، بخلاف المزارعة؛ فإن فيها خلاف أبي يوسف على ما تقدم.

(**وتبطل**) المساقاة (**بموت أحدهما**)؛ لأنها في معنى الإجارة، فكما بطلت الإجارة.. بطل ما كان بمعناها.

فإن مات رب الأرض والخارج بسر.. فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم عليه قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر، وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحساناً.. فيبقى العقد؛ دفعاً للضرر عنه، ولا ضرر فيه على الآخر.

ولو التزم العامل الضرر.. يتخير ورثة الآخر: بين أن يقسموا البسر على الشرط، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر، وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر؛ لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم، وقد تقدم نظيره في المزارعة.

ولو مات العامل.. فلورثته أن تقوم عليه وإن كره رب الأرض؛ لأن فيه النظر من الجانبين.

فإن أرادوا أن يصرموه بسراً.. كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة التي تقدمت.

وإن ماتا جميعاً.. فالخيار لورثة العامل؛ لقيامهم مقامه، وهذا خلافة في حق

فَإِنْ كَانَ الثَّمرُ خاماً عِنْدَ الْمَوْتِ أَو تَمامِ الْمدَّةِ يقومُ الْعَامِلُ أَو وَارِثُهُ عَلَيْهِ.

وإِنْ أَبى الدَّافِعُ أَو ورثتُهُ؛ فإِنْ أَرَادَ الْعَامِلُ أَو وَارِثُهُ صَرِمَهُ بُسراً.. خُيِّرَ الآخَرُ أَو وَارِثُهُ بَينَ أَنْ يَقسِمُوهُ على الشَّرْطِ، ....

مالي، وهو بترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، لا أن يكون وراثة في الخيار، حتى يرد عليه: أن الخيار لا يورث؛ فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه.. كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض.

وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر.. فهذا والأول سواء، وللعامل أن يقوم عليها إلى أن تدرك، لكن بغير أجر؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره.

بخلاف المزارعة في هذا؛ لأن الأرض يجوز استئجارها.

وكذلك العمل كله على العامل ههنا، وفي المزارعة في هذا: عليهما؛ لأنه لما وجب أجر مثل الأرض [٦٤٠/ب] بعد انتهاء المدة على العامل.. لا يستحق عليه العمل، وههنا لا أجر.. فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها. كذا في «الهداية».

إذا عرفت هذا.. فلنأت شرح الكتاب:

(فإن كان الثمر خاماً)؛ أي: بسراً (عند الموت)؛ أي: موت رب الأرض أو العامل (أو تمام المدة)؛ أي: مدة المعاملة (.. يقوم العامل) عند موت رب الأرض أو تمام المدة (أو وارثه)؛ أي: وارث العامل عند موت العامل (عليه)؛ أي: على العمل (وإن) وصلية (أبى الدافع)؛ أي: رب الأرض (أو ورثته)؛ أي: ورثة الدافع عند موت الدافع.

(فإن أراد العامل) عند موت رب الأرض (أو وارثه)؛ أي: وارث العامل عند موت العامل (صرمه)؛ أي: قطعه (بسراً.. خُيِّر الآخر)؛ أي: رب الأرض عند موت العامل (أو وارثه) عند موت رب الأرض (بين أن يقسموه)؛ أي: البسر (على الشرط،

أو يدفعوا قيمَةَ نصِيبهِ، أَو ينفقوا وَيرجعوا كَمَا فِي الْمُزَارعَةِ.

وَلَا تُفسخُ بِلَا عذرٍ.

وَمرضُ الْعَامِلِ إِذا عجزَ عَنِ الْعَمَلِ: عذرٌ.

وَكَذَا: كَونُهُ سَارِقاً يُخَافُ مِنْهُ على الثَّمرِ أَو السَّعَفِ.

أو يدفعوا قيمة نصيبه) من البسر، (أو ينفقوا) على البسر حتى يبلغ (ويرجعوا) بذلك؛ أي: بما أنفقوا في حصة الآخر من الثمر. كذا في «الهداية» على ما ذكرناه من قبل.

واستشكله الزيلعي وقال: وفي رجوعهم في حصته: إشكال، وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، وكان العمل كله عليه، ولهذا لو اختار المضي أو لم يمت صاحبه.. كان العمل كله عليه، فلو رجعوا عليه بحصته فقط.. يؤدي إلى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤونة بحصته فقط، وهذا خلف؛ لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المساقاة، وهذا الإشكال وارد في المزارعة أيضاً. انتهى.

ولهذا الإشكال: أطلق المصنف قوله: «ويرجعوا» ولم يقيد بحصة الآخر.

هذا كله في موت أحدهما.

وإن ماتا جميعاً.. فالخيارات الثلاثة لورثة العامل، وإن أبوا.. فلورثة رب الأرض على ما ذكرناه من قبل.

(كما في المزارعة) وقد تقدم في المزارعة.

وقد تقدم أيضاً: أن العامل في المزارعة يقوم بأجر له، وفي المعاملة: لا بأجر؛ لعدم صحة استئجار الأشجار، وصحة استئجار الأرض.

(ولا تفسخ) المساقاة (بلا عذر)؛ لأنها عقد لازم من الجانبين.. فلا بد لفسخه من العذر.

(ومرض العامل إذا عجز عن العمل: عذر، وكذا كونه سارقاً يخاف منه على الثمر أو السعف) وهو أغصان النخل ما دامت بالخوص؛ فإذا زال الخوص عنها..

وَلَو دفعَ فضاءً مُدَّةً مَعْلُومَةً لِمَن يغْرِسُ؛ لتَكونَ الأَرْضُ وَالشَّجَرُ بَينهمَا.. لَا يَصحُّ وَالشَّجرُ لربِّ الأَرْضِ، وللغارِسِ قيمَةُ غرسِهِ وَعَمَلِهِ.

قيل جريد، كذا في «المصباح» الخوص: هو ورق النخل.

(**ولو دفع فضاء**) الفضاء - بالمد -: هو المكان الواسع.

(**مدة معلومة**)؛ أي: سنين معلومة (**لمن يغرس؛ لتكون الأرض والشجر بينهما.. لا يصح**)؛ لاشتراط الشركة فيما كان موجوداً قبل الشركة لا بعمله وهي الأرض، أو لأنه استأجر أجيراً ليجعل أرضه بستاناً [١٤٦/أ] بآلات الأجير على أن تكون أجرته نصف البستان الذي يظهر بعمله، فيفسد؛ كما إذا استأجر صباغاً ليصبغ له ثوباً بصبغ نفسه، على أن له نصف المصبوغ.

(**والشجر لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وعمله**)؛ لأن العقد في الشجر لمّا كان فاسداً وقد غرسه العامل بأمره في أرضه.. صار كأن صاحب الأرض فعل ذلك بنفسه، فيصير قابضاً للغرس باتصاله بأرضه، مستهلكاً له بالعلوق فيها، فيجب عليه: قيمة الأشجار لاستهلاكه، وأجر مثل عمله؛ لأنه فعله بأمره وقد فسد العقد، فلا يلزم المسمى، فبقي أجر المثل مستحقاً له.

* * *

(كتاب الذبائح)

(كتابُ الذَّبَائِحِ)

الذَّبِيحَةُ: اسْمُ مَا يُذبَحُ.

وَالذَّبْحُ: قطعُ الْأَوْدَاجِ.

(كِتَابُ الذَّبَائِح)

جمعُ ذبيحة.

(الذبيحة: اسم ما يذبح)، وأما قولهم: إذا ذبحتم فأحسنوا الذبيحة.. فخطأ، والصواب: «الذبحة»، كذا في «المغرب».

وأما صفة ما يذبح: هو الذبيح والمذبوح.

(والذبح: قطع الأوداج)، جمع الودج: بفتح الدال وكسرها مثل سبب وأسباب: عُرقٌ في المذبح الذي يقطعه الذابح.

قال في «الزيلعي»: والمراد بالأوداج ههنا: هو الحلقوم والمريء والودجان، وإنما عبر عنه بالأوداج تغليباً. انتهى.

وهذا: لأن المراد: بيان الذبح الشرعي الذي يحل به أكل المذبوح، وذلك يحصل بما ذكر، على ما سيأتي بيانه.

واعلم: أن الذبح على نوعين: اختياري واضطراري.

فالأول: كالجرح فيما بين الحلق واللبّة.

والثاني: هو الجرح في أي موضع كان من البدن.

والثاني كالبدل عن الأول؛ لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول، وهذا آية البدلية.

وهذا: لأن الأول أعمل في إخراج الدم، والثاني أقصر فيه، فاكتفي به عند العجز عن الأول؛ إذ التكليف بحسب الوسع. كذا في «الهداية» وسيأتي تفصيله.

ثم لما كان من شرط حل أكل الذبيحة كون الذابح صاحب ملة التوحيد اعتقاداً

وَتحلُّ ذَبِيحَةُ مُسلِمٍ وكتابيٍّ ذمِّيٍّ أَو حَرْبِيّ، وَلَوِ امْرَأَةً أَو صَبياً أَو مَجْنُوناً يعقلانِ، ....

وادعاءً.. أشار إلى ذلك بقوله: (**وتحل ذبيحة مسلم**) وهو صاحب ملة التوحيد اعتقاداً.

(**وكتابي ذمي أو حربي**) وهو: صاحب ملة التوحيد ادعاء، لكن يشترط فيه: أن لا يذكر غير اسم الله.

حتى لو ذكر المسيح أو عزيراً.. لا يحل.

وشرط في حق الصيد أمر آخر، وهو: أن يكون الذابح حلالاً خارج الحرم.

(**ولو**) وصلية (**امرأة أو صبياً أو مجنوناً يعقلان**) التسمية والذبيحة، على ما في «الهداية».

أو: كون الحلِّ بالتسميةِ على ما في «الكرماني».

فسر بعضهم المجنون: بالمعتوه، وعلله: بأن المجنون لا قصد له، ولا بد من القصد في الحل؛ لأن التسمية شرط بالنص، وهي بالقصد، ولا قصد في المجنون.

قلت: المراد بالقصد ههنا: هو قصد التسمية [٦٤١/ب] عند الذبح، لا مطلق القصد، وهو متصور من المجنون.

قال في «الهداية»: ويحل إذا كان الذابح يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبياً أو مجنوناً أو امرأة.

أما إذا كان لا يضبط، ولا يعقل التسمية والذبيحة.. لا تحل. انتهى.

وفسر في «العناية» قوله: «يضبطه»: بأن يعلم شرائط الذبح من فري الأوداج والحلقوم.

وفسره في «شرح النقاية»: بأن يقدر على قطع الأوداج.

فعلى تفسير «العناية»: وجهُ تركِ المصنف قيد الضبط ظاهرٌ؛ لأن قوله: «يعقلان»: يغني عن ذكره.

أَو أخرسَ، أَو أقَلفَ.

لَا ذَبِيحَةُ وَثَنِيٍّ، أَو مَجُوسِيٍّ، أَو مُرْتَدٍّ، أَو تَارِكِ التَّسْمِيَةِ عمداً.

(**أو أخرس**)؛ لأنه معذور في ترك التسمية، فتقوم ملة التوحيد مقامه كالناسي، بل أولى. كذا قالوا.

وفي «البزازية»: تحريك الشفتين في حق الأخرس كالذكر.

(**أو أقلف**)؛ أي: من لم يختن.

احترز به عن قول ابن عباس: أن ذبيحة الأقلف وشهادته لا تجوز.

(**لا ذبيحة وثني**)؛ لأنه مشرك لا كتابي، ولا ملة له، فانعدم التوحيد اعتقاداً وادعاءً، فانعدم شرط الحل.

(**أو مجوسي**)؛ لما ذكرناه، ولقوله ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب، غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم».

(**أو مرتد**)؛ لأنه ترك ما كان عليه من الدين، ولا يقر على ما انتقل إليه، وإذا ارتد إلى دين أهل الكتاب.. فلا ملة له أيضاً.

بخلاف اليهودي إذا تنصّر أو بالعكس، أو تنصر المجوسي أو تهود.. فإنه يقر على ما انتقل إليه من الملة عندنا، فيعتبر ما هو عليه بعد الانتقال عند الذبح، فكان له ملة.

حتى لو تمجّس اليهودي أو النصراني.. لا تحل ذبيحته.

والمتولد بين الكتابي والمشرك: يعتبر بالكتابي لا بالمشرك؛ لأنه يعتبر بالأخف.

(**أو تارك التسمية عمداً**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ ولقوله ﷺ لعدي: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه.. فكُلْ» الحديث.

والمسلم والكتابي فيه سواء على ما في «الزيلعي» و«الهداية».

فَإِن تَركَهَا نَاسِياً تحِلُّ.

وذبيحة الصابئ تحل عند أبي حنيفة، لكنه مكروه.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا تحل.

وذكر الكرخي: لا خلاف بينهم في الحقيقة، وإنما اختلفوا لأنهم صنفان:

صنف منهم: يقرون بنبوة عيسى ويقرون الزبور.. فهم صنف من النصارى.

وصنف منهم: ينكرون النبوة والكتب أصلاً، ويعبدون الشمس.. فهم كعبدة الأوثان لا يؤكل صيدهم ولا تحل ذبيحتهم.

(فإن تركها ناسياً.. تحل)؛ لأنه معذور؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» وهو مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم.

وقال ابن عمر رضي الله عنهما: إنَّه يحرم كتارك التسمية عمداً، وبه أخذ مالك.

وعلى هذا الخلاف: حملوا الخلاف بيننا وبين الشافعي [٦٤٢/أ]: من أن ذبيحة تارك التسمية حلال عنده؛ لأن حرمة ذبيحة تارك التسمية عمداً مما أجمع عليه السلف، والقول بحله: خرق للإجماع، فكيف يتصور عن الشافعي؟!

ولهذا قال: إن متروك التسمية عمداً لا يسوغ فيها الاجتهاد، حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه.. لا ينفذ قضاؤه؛ لكونه مخالفاً للإجماع.

ثم التسمية في ذكاة «الاختيار»: تشترط عند الذبح قاصداً التسمية على الذبيحة، ولو سمى ولم تحضره النية.. صح؛ لأنه أتى بالتسمية، وظاهر حاله: يدل على أنه قصد به التسمية على الذبيحة، فيقع عنها.

ولو سمى وأراد به التسمية لابتداء الفعل؛ كسائر الأفعال.. لا يحل؛ كمن قال: «الله أكبر» وأراد به متابعة المؤذن.. لا يصير به شارعاً في الصلاة.

وتشترط عند الذبح؛ لقوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾ وهي حالة النحر، والمعتبر: أن تذبح عقيب التسمية قبل أن يتبدل المجلس، حتى لو تبدل المجلس بفعل عمل كثير.. لا يحل.

وَكُرِهَ أَن يذكُرَ مَعَ اسْمِ اللهِ تَعَالَى غَيرَهُ وصلاً دونَ عطفٍ، وَأَن يَقُولَ: باسمِ اللهِ اللَّهُمَّ تقبَّل مِن فلَانٍ.

فإِنْ قَالَهُ قبلَ الإِضجاعِ أَوِ التَّسْمِيَةِ أَو بعدَ الذّبْحِ.. لَا يكرهُ.

وفي الصيد: يشترط عند الإرسال والرمي؛ لأن المقدور له في الصيد: هو الإرسال والرمي؛ كما في ذكاة «الاختيار» والذبح، فيشترط عند فعل يقدر عليه.

(وكره) ولا تحرم به الذبيحة (أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وصلاً دون عطف) مثل أن يقول: باسم الله محمدٌ رسول الله - بالرفع - لأن الشركة لم توجد؛ لأن «محمد رسول الله» لم تذكر على سبيل العطف، فيكون مبتدأ، فلا يكون الذبح وأفعاله، فلا تحرم الذبيحة، إلا أنه يكره؛ لوجود الوصل صورة.

بخلاف ما قاله بالخفض.. فإنه لا يحل، على ما ذكره في «الزيلعي» و«النوازل».

واعلم: أن مسألة ذكر غير اسم الله مع اسم الله عند الذبح على ثلاثة أوجه، على ما ذكره في «الجامع الصغير»:

منها: ما يكره ولا يحرم.

ومنها: ما يحرم.

ومنها: ما لا يحرم ولا يكره.

فالأول: هذه، ومن هذا الوجه: ما ذكره بقوله: (وأن يقول: باسم الله، اللهم تقبل من فلان)؛ لأن الشركة لم توجد فيه أيضاً، ولكنه مكروه لوجود الوصل صورة.

وأشار إلى ما لا يحرم ولا يكره بقوله: (فإن قاله)؛ أي: اللهم تقبل من فلان مثلاً (قبل الإضجاع أو قبل التسمية أو بعد الذبح.. لا يكره)؛ لأنه ﷺ قال بعد الذبح: «اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ولكل من شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ».

وروي أيضاً: أنه ﷺ كان يقول إذا أراد أن يذبح: «اللهم هذا منك، ولك صلواتي ونسكي، ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له، وبذلك أمرت

وإِنْ عطفَ.. حَرُمَت؛ نَحْو بِاسمِ اللهِ وَفُلَانٍ بِالْجَرِّ.

وَكَذَا: إِن أضجعَ شَاةً وسمّى وَذبحَ غَيرَهَا بِتِلْكَ التَّسْمِيَةِ.

[٦٤٢/ب] وأنا من المسلمين باسم الله، الله أكبر، ثم يذبح».

وأشار إلى ما يحرم بقوله: (**وإن عطف**) غيره على اسم الله (.. **حرمت**) الذبيحة (**نحو باسم الله وفلانٍ** - **بالجر** -)، أو: باسم الله واسم فلان، أو باسم الله ورسول [الله] - بالجرِ - فإنه يحرم في كلها؛ لوجود الشركة مع الغير؛ لأنه أهلَّ به لغير الله تعالى، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ﴾؛ أي: عدَّ من المحرمات، وأشار بقوله: «بالجر»: إلى أنه لو رفع المعطوف على اسم الله.. يحل؛ لأنه مبتدأ.

واختلفوا في نصب المعطوف:

قيل: لا يحل كما في الجر.

وقيل: يحل، لكنه يكره؛ لوجود الوصل صورة، وكذا في الرفع مكروه لذلك.

وقال في «التمرتاشي»: لو قال باسم الله ومحمدٍ رسول [الله] بالجر.. يكره، ولعل مراده بالكراهة: كراهة تحريم.

وقال في «الخلاصة»: قال باسم الله صلى الله على محمد.. تحل، والأَوْلى: أن لا يفعل.

وكذا لو قال: باسم الله وصلى الله على محمد.. يحل.

ولو قال: باسم الله ينام فلان.. قال أبو بكر الإسكاف يجوز مطلقاً.

ولو لم يُظْهِر الهاء في باسم الله؛ إن قصد ذكر اسم الله.. تحل، وإن لم يقصد، وقصد ترك الهاء.. لا تحل.

(**وكذا**)؛ أي: حرمت (**إن أضجع شاة وسمى**) لها (**وذبح غيرها**)؛ أي: غير تلك الشاة (**بتلك التسمية**) وبالسكين التي كانت في يده عند التسمية، على ما في «الزيلعي».

وإِنْ ذَبحهَا بشفرةٍ أُخْرَى.. حلَّت.

وإِنْ رمى إِلَى صيدٍ وسمّى فَأَصَابَ غَيرَهُ.. أُكِلَ[1].

وإن سمَّى على سهمٍ ورمى بغيرِه.. لا يُؤكَلُ.

ويدل عليه أيضاً: قوله: (**وإن ذبحها**)؛ أي: الشاة الأولى التي وقع عليها التسمية (**بشفرة**)؛ أي: سكين (**أخرى**)؛ أي: لم تكن في يده عند التسمية؛ يعني: لو أضجع شاة وسمى، فطرح السكين وأخذ سكيناً آخر فذبحها به (.. **حلت**).

والفرق بينهما على ما ذكره في «الزيلعي»: أن التسمية في الأولى: تعلقت بالسكين، وفي الثانية: بالمذبوح.

قال في «الخلاصة»: ولو ذبح تلك الشاة - أي الشاة الأولى - ثم ذبح بعدها شاة أخرى يظن أن تلك التسمية تكفي.. لا تحل.

ولو نظر إلى قطيع من الغنم، فأخذ السكين وسمى، ثم أخذ شاة وذبحها بتلك التسمية.. لا يحل.

(**وإن رمى إلى صيد**) - وبيان أحوال الصيد يأتي في كتاب الصيد - (**وسمى**) عند الرمي، (**فأصاب**) المرمي من السهم أو البندقة (**غيره**)؛ أي: غير المرمى إليه (..**أُكِلَ**)؛ أي: حل أكله؛ لأن المشروط في الصيد: هو التسمية عند رمي الآلة الجارحة أو إرسالها؛ لأن التكليف بحسب الوسع، وما في وسعه: هو الرمي والإرسال دون الإصابة، فشرط التسمية عند فعل يقدر عليه، وهي تقع على الآلة؛ كما أنها تقع على الذبيحة في المذبوح؛ لأن المقدور ثمة: هو الذبح، فشرط التسمية عند الذبح، فتقع على المذبوح [٦٤٣/أ].

(**وإن سمى على سهم**) وترك ذلك السهم وأخذ غيره (**ورمى بغيره**)؛ أي: بغير السهم المسمى عليه (.. **لا يؤكل**)؛ لأن التسمية في الصيد تقع على الآلة لا على

---

(١) [نقص في المتن].

وِالإِرسالُ كالرَّمي.

وَالشّرطُ: الذّكرُ الْخَالِصُ؛ فَلَو قَالَ: اللَّهُمَّ اغْفِر لي.. لَا يحلُّ.

وبـ«الحمدُ للهِ» وَسُبْحَانَ اللهِ.. يحلُّ، لَا لَو عطسَ وَحَمِدَ لَهُ.

المذبوح، ولمّا ترك السهم الذي سمى عليه وأخذ سهماً آخر ورمى بذلك الآخر.. صار كأنه لم يسم أصلاً.

(والإرسال) إلى الصيد: (كالرمي) في اشتراط التسمية عنده، لا عند الأخذ والإصابة؛ إذ لا قدرة له عليه، حتى لو أرسل كلبه المعلم أو البازي المعلم إلى الصيد وسمى عند الإرسال، فترك الكلب أو البازي ذلك الصيد فأخذه غيره.. حلت؛ لتعلق التسمية بالكلب والبازي.

بخلاف ما لو سمى على كلب أو باز وترك ذلك الكلب أو البازي وأرسل غيره.. لا يحل؛ لما ذكرناه.

(والشرط)؛ أي: شرط التسمية: (الذكر الخالص)؛ أي: المجرد عن ذكر الدعاء؛ لقوله لابن مسعود: «جردوا التسمية عن الدعاء».

(فلو قال) عند الذبح: (اللهم اغفر لي.. لا يحل)؛ لأنه محض دعاء.

(وبالحمد لله وسبحان الله.. يحل) مريداً به التسمية؛ لأنه حينئذ يكون تسمية على الذبح، فيحل.

(لا)؛ أي: لا يحل (لو عطس) عند الذبح (وحمد له)؛ أي: للعطس؛ بأن قال: الحمد لله؛ لأنه يريد به الحمد على النعمة دون التسمية.

وقيل: يحل.

والأول: أصح، على ما في «الهداية» و«الزيلعي».

قال في «الزيلعي»: وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله: باسم الله والله أكبر: منقول عن النبي ﷺ، وعن علي وابن عباس رضي الله عنهم.

وَالسّنَّةُ: نحرُ الْإِبِلِ، وَذبحُ الْبَقرِ وَالْغنم.
وَيُكرَهُ الْعَكْسُ وَيَحِلُّ.
وَالذّبْحُ بَينَ الْحَلقِ ....

مثله قاله ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير قوله: فاذكروا اسم الله عليها صواف.

وذكر الحلواني: أن المستحب أن يقول: باسم الله الله أكبر - بلا واو - ويكره؛ لأنه يقطع فور التسمية. انتهى.

(والسنة) له؛ أي للذبح: (نحر الإبل) في «المصباح»: النحر: موضع القلادة من الصدر. انتهى.

والمراد به ههنا: المعنى المصدري؛ أي: قطع العروق في أسفل العنق عند الصدور، على ما فسره الإمام «قاضي خان».

(وذبح البقر والغنم)، وسيأتي تفسير الذبح في الكتاب.

(ويكره العكس، ويحل)؛ أما وجه السنة فيهما.. فلموافقة السنة المتوارثة، ولاجتماع العروق في المنحر في الإبل، وفي المذبح في البقر والغنم.

وأما الكراهة في العكس.. فلمخالفة السنة، لكنه لما كان لمعنى في غيره.. لم يمنع الجواز والحل.

ولا بأس بأكل الجزور إذا ذبح ذبحاً ولم ينحر، والشاة والبقر إذا نحرتا ولم تذبحا، ويكره ذلك.

وفي بعض النسخ: لا يستحب. كذا في «الخلاصة».

قوله: «ولا يستحب»: يشعر بأن المراد بالكراهية: هي التنزيهية [٦٤٣/ب].

(والذبح): شرع في بيان محل الذبح الاختياري: (بين الحلق).

قال في «المصباح»: الحلق من الحيوان: جمعه حلوق، مثل: فلس وفلوس.

والِلَّبَّةِ ....

والحلقوم: هو الحلق، ميمه زائدة، والحلقوم: بعد الفم، وهو موضع النفس، وفيه شعب يتشعب منه، وهو مجرى الطعام والشراب. انتهى.

(واللبّة) هو - بفتح اللام والباء المشددة -: المنحر، وهو رأس الصدر؛ أي: موضع القلادة.

واعلم: أن موضع الذبح الاختياري على ما ذكره القدوري و«الكنز» و«النقاية» والمصنف: هو بين الحلق واللبة؛ أي: ما بين الحلق والنحر.

قال في «الزيلعي»: وفي «الجامع الصغير»: لا بأس بالذبح في الحلق كله: أعلاه وأوسطه وأسفله، والأصل فيه: ما روي أنه ﷺ بعث منادياً ينادي في مخارج منى، ألا أن الذكاة في الحلق، رواه الدارقطني، ولأنه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق، فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ الوجوه، وهو إنهار الدم.

والتقييد بالحلق واللبة: يفيد أنه: لو ذبح أعلى من الحلقوم.. يحرم؛ لأنه ذبح في غير المذبح، على ما ذكره في «الواقعات» و«فتاوى سمرقند».

وذكر في «النهاية» ما يخالف مقتضى هذا التقييد عن الإمام الرستغفني؛ فإنه قال:

سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر، وكان يجب أن تبقى مما يلي الرأس، أتؤكل أم لا؟

قال: هذا قول العوام من الناس، وليس هذا بمعتبر، ويجوز أكلها؛ سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس أو مما يلي الصدر؛ لأن المعتبر عندنا: قطع أكثر الأوداج، وقد وجد.

ثم حكى: أن شيخه كان يفتي به.

وهذا مشكل؛ فإنه لم يوجد فيه قطع الحلقوم، ولا لمريء، وأصحابنا وإن اشترطوا قطع الأكثر.. فلا بد من قطع أحدهما عند الكل، وإذا لم يبق شيء من عقدة

أَعلَى الْحلقِ أَو أَسْفَلِهِ أَو أَوسطِهِ.

الحلقوم مما يلي الرأس.. لم يحصل قطع واحد منهما.. فلا تؤكل بالإجماع. إلى هنا كلام «الزيلعي».

أقول: ما ذكره صاحب «النهاية» عن الإمام الرستغفني: يوافق لفظ الحديث الذي رواه الدارقطني؛ لأنه يقتضي جواز الذبح في الحلق مطلقاً وإن كان قبل العقدة فوق الحلقوم.

ويؤيده أيضاً ما روي أنه ﷺ قال: «الذكاة ما بين اللبة واللحيين»؛ فإنه أيضاً يقتضي جواز الذبح فوق الحلقوم قبل العقدة؛ لأنه وإن وقع قبل العقدة.. فهو بين اللبة واللحيين.

وكذا رواية «الجامع الصغير» كما ذكرناه عن «الزيلعي»؛ فإنه إذا ذبح في أعلى الحلقوم.. لا بد أن يقع العقد من تحت، على ما صرح به في «البزازية».

وبه أيضاً [٦٤٤/أ] أخذ في «المبسوط»؛ حيث قال فيه: الذكاة بين اللبة واللحيين.

لكنه قال في «الذخيرة»: إن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم.. لا يحل.

وهذا يؤيد ما ذكره الإمام «الزيلعي».

والذي اختاره المصنف: هو الذي ذكره صاحب «النهاية» عن الإمام الرستغفني على ما سيظهر لك.

(أعلى الحلق، أو أسفله، أو وسطه) هذا على رواية «الجامع الصغير»؛ فإنه قال فيه: لا بأس بالذبح في الحلق كله؛ أعلاه وأوسطه وأسفله.

وما ذكره أولاً من قوله: «بين الحلق واللبة»: رواية القدوري، واختاره كثير.

وإنما أتى المصنف برواية «الجامع الصغير» بعد رواية القدوري؛ لأن في رواية «الجامع» بياناً ليس في رواية القدوري؛ لأن في رواية القدوري: الذبح بين الحلق واللبة، وليس بينهما مذبح غيرهما، فيحمل على ما يدل عليه رواية «الجامع

وَقيلَ: لَا يجوزُ فَوقَ الْعُقْدَةِ.

وَالْعُرُوقُ الَّتِي تُقطَعُ فِي الذَّكاةِ: الْحُلْقُومُ، والمريءُ، والوَدَجانِ:

وَيَكْفِي قطعُ ثَلَاثَةٍ مِنْهَا أيّاً كَانَت.

الصغير»: من أن الذبح يجوز في أعلى الحلق وأوسطه وأسفله وإن بقيت عقدة الحلقوم من طرف الصدر؛ لأنه إذا ذبح في أعلى الحلق.. لا بد أن تبقى العقدة من تحت بالضرورة كما ذكرناه، ويساعده أيضاً: لفظ الحديث و«المبسوط» على ما ذكرناه.

(وقيل: لا يجوز) الذبح الاختياري (فوق العقدة)، وإنما ضعفه؛ لمخالفته لفظ الحديث ورواية «الجامع الصغير» و«المبسوط» والإمام الرستغفني.

لكنه يشكل بما ذكره «الزيلعي» من أنه: إذا لم يبق عقد الحلقوم مما يلي الرأس.. لا يؤكل بالإجماع.

(والعروق التي تقطع في الذكاة: الحلقوم)، قال في «المصباح»: بعد الفم، وهو موضع النَفس ومجرى الطعام والشراب.

وفي «المغرب»: أنه مجرى النفس.

(والمريء)، قال في «المصباح»: المريء - وزان كريم -: رأس المعدة والكرش اللازم للحلقوم، يجري فيه الطعام والشراب، ومنه يدخل في المعدة، وهو مهموز؛ وهكذا في «المغرب» أيضاً.

(والودجان)، قال في «المصباح»: الودج بفتح الدال وكسرها: عرق في العنق يقطعه الذابح، فلا يبقى معه حياة، ثم قال: والودجان: عرقان غليظان يكتنفان ثغرة النحر يميناً ويساراً، والجمع: أوداج.

فكانت العروق التي يلزم قطعها في الذبح: أربعة.

ثم اختلفوا في اشتراط ما يقطع من هذه الأربعة، وإليه أشار بقوله: (ويكفي قطع ثلاثة منها)؛ أي: من هذه الأربعة (أيّاً كانت)؛ أي: سواء كانت: الحلقوم والمريء

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَا بُدَّ مِن قطعِ أَكثرِ كلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الإِمَامِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا بُدَّ مِن قَطعِ الْحُلْقُومِ والمريءِ وَأَحدِ الوَدَجَينِ.

وَقيلَ: مُحَمَّدٌ مَعَهُ.

وأحد الودجين، أو المريء والودجان، أو الحلقوم والودجان، هذا قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف أيضاً أولاً.

(وعند محمد [٦٤٤/ب]: لا بد من قطع أكثر كل واحد منها)؛ أي: هذه الأربعة.

(وهو رواية عن الإمام) أبي حنيفة.

وقال في «الزيلعي»: أجمعوا أنه يكتفى بقطع الأكثر من هذه العروق الأربعة؛ لأن الأكثر يقوم مقام الكل، غير أن محمداً اعتبر أكثر كل واحد من هذه الأربعة، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن كل واحد منها أصل بنفسه، لانفصاله عن غيره، ولورود الأمر بفريه، فيعتبر أكثر كل واحد منها. انتهى.

(وعند أبي يوسف: لا بد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين، وقيل: محمد معه).

ووجهه: أن المقصود من قطع الودجين: إنهار الدم؛ لأنها مجرى الدم فينوب أحدهما عن الآخر في القطع، فلا حاجة إلى قطعهما معاً.

ووجه أبي حنيفة: أن الأكثر منها يقوم مقام الكل، وأي ثلاثة منها قطع.. قطع الأكثر، والمقصود يحصل به، وهو إنهار الدم المسفوح، فلا حاجة إلى اشتراط قطع المعين منها.

وهذه ثلاثة أقوال: قول أبي حنيفة، وقول أبي يوسف، [وقول محمد].

وههنا وجه رابع: وهو قطع الأربعة جميعاً، وهو قول مالك.

وقول خامس - وهو قول الشافعي -: وهو الاكتفاء بقطع الحلقوم والمريء، واحتج بقوله ﷺ: «افرِ الأوداج بما شئت» بأنه جمع الأوداج، وما ثمة إلا الودجان..

وَيجوزُ الذّبْحُ بِكُلِّ مَا أَفرى الْأَوْدَاجَ وأَنهرَ الدَّمَ وَلَو مروةً أَو لِيطةً أَو سِنّاً أَو ظُفراً منزوعَين.

لَا بالقائِمَين.

فدل على أن المقصود بها: ما يحصل به زهوق الروح، وهو بقطع الحلقوم والمريء؛ لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما: ما.

قلنا: إن لفظ الأوداج مما دلالة له على الحلقوم والمريء أصلاً، فكيف يصح الاكتفاء بهما؟

ولأن المقصود: إسالة الدم النجس، وهو إنما يحصل بقطع مجرى الدم وهو الودجان، لا الحلقوم والمريء، وإنما الحلقوم مجرى النفس، والمريء مجرى الطعام والشراب، فحملنا الأوداج على العروق الأربعة كلها: تغليباً للودجين على الباقيين، واكتفينا بالأكثر لما ذكرناه.

(**ويجوز الذبح بكل ما أفرى الأوداج**)؛ أي: قطعها (**وأنهر الدم**)؛ أي: أخرجها؛ فلو ذبح في مذبحه ولم يسل الدم.. اختلفوا فيه:

قال الصفار: لا يحل.

وقال الإسكاف: يحل.

وفي «النوازل»: إن تحركت بعد الذبح وخرج دم مسفوح.. يحل، وإن تحركت ولم يخرج أو بعكسه.. يحل أيضاً، وإن عدمتا.. لا تحل.

وهذا إذا لم يعلم حياتها وقت الذبح؛ فإن علم.. حل؛ تحركت أو لا، خرج الدم أو لا؛ كذا في «البزازية».

وفي «شرح الطحاوي»: خروج الدم لا يدل على الحياة، إلا إذا كان يخرج كما يخرج من الحي.

(**ولو**) وصلية (**مِروة**) بكسر الميم: الحجر الذي فيه حدة، (**أو ليطة**) قشر القصب (**أو سناً أو ظفراً منزوعين**) عن محالهما، (**لا بالقائمين**) في محالهما.

وَنُدِبَ إحدادُ الشَّفْرَةِ قبلَ الإِضجاعِ.

وَكُرِهَ بعدَهُ، وَكَذَا: جرُّها برِجلِها إِلَى المَذْبحِ.

والنَّخعُ، ....

وكذا يجوز [٦٤٥/أ] الذبح بقرن منزوع، لا بالقائم، قال في «الهداية»: يجوز الذبح بهذه الثلاثة منزوعين، إلا أنه مكروه.

وقال الشافعي: المذبوح بها ميتة؛ لقوله ﷺ: «كل ما أنهر الدم، وأفرى الأوداج، ما خلا الظفر والسن؛ فإنهما مدى الحبشة»، ولأنه فعل غير مشروع.. فلا يكون ذكاة؛ كما إذا ذبح بغير المنزوع.

ولنا: قوله ﷺ: «أنهر الدم بما شئت» ويروى «أفر الأوداج بما شئت»؛ وهو بإطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره، إلا أنا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي؛ فإن فيه دلالة على ذلك؛ وهو لفظ «فإنها مدى الحبشة»، فإنهم لا يقلمون الأظفار ويحدقون الأسنان ويقاتلون بالخدش والعض، ولا نسلم: أن إنهار الدم بالظفر والسن المنزوعين: غير مشروع؛ فإن كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بهما المقصود وهو إخراج الدم النجس، فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل.

بخلاف غير المنزوع؛ فإنه يقتل بالثقل لا بالحد، وإنما يكره؛ لأن فيه زيادة الألم للمذبوح وقد نهينا عنه.

(وندب إحداد الشفرة)؛ أي: السكين (قبل الإضجاع)؛ لما رواه مسلم: «وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته».

(وكره بعده)؛ لما روي أنه ﷺ رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد شفرته، فقال: «لقد أردت أن تميتها موتات!!.. هلا أحددتها قبل أن تضجعها؟!».

(وكذا)؛ أي كره (جرّها برجلها إلى المذبح) لما فيه من زيادة التعذيب.

(والنخع): وهو أن يصل السكين إلى النخاع، وهو خيط أبيض في جوف عظم

وَقطعُ الرَّأْسِ، والسَّلخُ قبلَ أَن تَبرُدَ، وَالذّبْحُ مِنَ القفاءِ.
وَيحلُّ إِنْ بقيَت حَيَّةً حَتَّى قُطِعَتِ الْعُرُوقُ، وإِلّا.. فَلَا.

الرقبة؛ وإنما كره ذلك لنهيه ﷺ عن نخع الشاة إذا ذبحت.

وقيل: المراد بالنخع: أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها.

وقيل: أن يكسر رقبتها قبل أن سكن من الاضطراب، وكل ذلك مكروه.

(وقطع الرأس والسلخ قبل أن تبرد)؛ لما فيهما من زيادة الألم.

(والذبح من القفاء)؛ لما ذكرناه أيضاً، ولا بأس في الأكل في كل منها؛ لأن الكراهة فيها لمعنى زائد وهو زيادة الألم للمذبوح.. فلا يوجب حرمة الأكل.

(ويحل) الأكل (إن بقيت) المذبوحة (حية حتى قطعت العروق)؛ أي: إن ذبح من القفاء فبقيت حية حتى قطع العروق.. حل الأكل؛ لتحقق الموت لما هو ذكاة، لكنه يكره لزيادة الألم من غير حاجة.

(وإلا)؛ أي: وإن لم تبق حية قبل قطع العروق، بل ماتت (.. فلا) تؤكل؛ لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها.

قال في «البزازية»: ذبح شاة مريضة ولم يتحرك [٦٤٥/ب] إلا فمها؛ إن فتحها.. لا يؤكل، وإن ضمها.. يؤكل، وكذا العين.

وفي الرجل: إذا قبضها.. يؤكل، وإن مدها.. لا يؤكل.

وفي الشعر إن نام لا وإن قام.. يؤكل.

هذا إذا لم يعلم حياتها وقت الذبح.

مرضت الشاة وبقي من الحياة ما يبقى في المذبوح بعد الذبح، أو الذئب قطع بطن شاة وبقي من الحياة ما يبقى في المذبوح.. عندهما: لا تقبل الذكاة، حتى لو ذكاها.. لا تحل.

والأصح عند الإمام: أنها تقبل الذكاة، حتى لو ذكاها.. تحل، وعليه الفتوى.

وَلزِمَ ذبحُ صيدٍ استأنَسَ.

وَجَازَ جرحُ نَعَمٍ توحَّشَ، أَو تردَّى فِي بِئْرٍ إِذا لم يُمكِنْ ذبحُهُ.

وَلَا يحلُّ الْجَنِينُ بذكاةِ أُمِّهِ، أَشعرَ أَو لَا.

وَقَالا: يحلُّ إِنْ تمَّ خَلقُهُ.

الكلب المعلم أخذ صيداً وبقي فيه ما يبقى في المذبوح، أو رمى إلى صيد وبقي فيه من الحياة ما ذكرناه.. لا تقبل الذكاة لو وجده، ولو لم يذكه.. يحل.

(ولزم ذبح صيد استأنس) كالضبي إذا تآلف في البيت.. فإنه يذبح؛ لأن ذكاة الاضطرار لا يصار إليها إلا عند العجز عن ذكاة الاختيار، ولا عجز فيما استأنس من الصيد، فيذبح، ولا يكتفي بالجرح، إلا إذا توحش بعد الاستئناس.

(وجاز)؛ أي: يكفي (جرح نَعَم)؛ كالغنم والبقر والإبل والضبي والدجاجة - وهو بفتحتين - (توحش)؛ أي: صار وحشياً بأن صار من أهله، وخرج من أهله إلى البادية، وأن يكتفي فيها بالجرح؛ لأن ذكاة الاختيار تعذرت بالتوحش، فيصار إلى ذكاة الاضطرار، وهو الجرح في أي موضع كان.

(أو تردى)؛ أي: النعم؛ أي: سقط (في بئر إذا لم يمكن ذبحه).. فإنه يكتفي بالجرح؛ لتعذر الذبح.

(ولا يحل الجنين)؛ وهو الولد الذي وجد في بطن أمه من شاة، أو بقرة، أو ناقة، أو غيرها. (بذكاة أمه؛ أشعر أو لا)؛ أي: نبت شعره أو لا.

(وقالا: يحل) بذكاة أمه (إن تم خلقه)، وبه قال الشافعي ومالك، لقوله ﷺ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه».

ولأبي حنيفة: أن لفظة «ذكاة أمه» منصوب بنزع الخافض، وهو للتشبيه؛ لأن ذبح الأم ليس بسبب لخروج الدم من الجنين؛ بدليل: أنه يتصور بقاؤه بعد موت الأم، وبه قال زفر وحسن بن زياد.

وقال في «الزيلعي» عزواً إلى «النهاية»: إن بقرة لو تعسرت عليها الولادة، فأدخل صاحبها يده فرجها وذبح الولد.. حلّ له أكله.

وإن جرحه في غير موضع الذبح؛ إن كان لا يقدر على مذبحه.. يحل أيضاً، وإن كان يقدر.. لا يحل.

قال في «البزازية»: شق بطن شاة وأخرج ولدها وذبح الولد، ثم الشاة؛ إن كانت الشاة لا تعيش من الشق.. لا يحل، وإلا.. يحل.

* * *

(فَصْلٌ)

[فِيمَا يَحِلُّ أَكْلُهُ وَمَا لَا يَحِلّ]

وَيحرمُ أَكلُ كلِّ ذِي نَابٍ أَو مخلَب مِن سَبعٍ أَو طيرٍ، وَلَو ضَبَعاً أَو ثعلباً. والحُمُرُ الْأَهْلِيَّةُ، ....

(فَصْلٌ)

(**ويحرم أكل كل ذي ناب**)؛ أي: السن (**أو مخلب**)؛ أي: الظفر [٦٤٦/أ] (**من سبع أو طير**)؛ أي: يحرم أكل كل حيوان يصيد بالسن أو بالظفر.

وإنما قلنا: يصيد؛ احترازاً عن البعير والنعامة؛ فإن لهما ناباً ومخلباً.

والأصل فيه: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنه ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير، رواه مسلم وأبو داود.

والسباع: جمع سبع؛ وهو كل مختطف منتهب جارح عادٍ قاتل عادةً. كذا في «الزيلعي».

ظاهره: أن الاختطاف والانتهاب من فعل سباع البهائم.

لكن قال في «العناية»: إن الاختطاف من فعل الطيور، والانتهاب من فعل سباع البهائم، وهكذا في «المبسوط».

هذا: لأن طبيعة السباع من البهائم والطيور مذمومة شرعاً؛ فيخشى أن يتولد من لحمها شيء من طباعها، فتحرم؛ إكراماً لبني آدم.

(**ولو**) وصلية (**ضبعاً**)؛ لأنه من السباع وهو حيوان معروف.

(**أو ثعلباً**)؛ لأنه ذو ناب.

(**والحمر الأهلية**)؛ لما رواه البخاري ومسلم: عن أبي ثعلبة أنه قال: حرم رسول الله ﷺ لحوم الحمر الأهلية.

وذهب بشر المريسي إلى إباحته، ونقل ذلك مستدلاً بما روي عن عائشة

وَالْبِغَالُ، والفيلُ، والضَّبُّ، واليربوعُ، وَابْنُ عِرسٍ، والزنبورُ، والسُّلحفاةُ، والحشراتُ.

وَيكرَهُ الْغُرَابُ الأَبقعُ، ....

رضي الله عنها: أنها سئلت عن ذلك.. فتلت قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ الآية، وبحديث غالب بن أبجر قال لرسول الله ﷺ: لم يبق من مالي إلا حميرات، فقال ﷺ: «كل من سمين مالك» واستدلالاً بحل أكل الحمر الوحشي.

قلنا: الآية على ما قيل: قبل حرمة لحم الحمر الأهلية؛ لأنها مخصصة بحرمة الأشياء المحرمة، فيجوز تخصيصها بما ذكرناه أيضاً.

أما الحديث؛ فلأنه مأول بأكل ثمنها.

وأما الاستدلال؛ فلأن من شرط القياس: أن يكون الفرع منصوصاً عليه، والنص الناهي عن لحوم الحمر الأهلية: قائم ههنا، وهو الذي روينا، فبطل بالقياس.

(والبغال)؛ لأنه من نسل الحمار، فكان كأصله، حتى لو كانت أمه فرساً.. كان على الخلاف المعروف في لحم الفرس؛ لأن المعتبر في الحل والحرمة: الأم فيما تولد من مأكول اللحم وغير مأكول اللحم.

(والفيل)؛ لأنه ذو ناب.

(والضب واليربوع وابن عرس والزنبور والسلحفاة والحشرات)؛ لأنها من الخبائث قال الله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾، وما روي أنه ﷺ: أباح أكله: محمول على ما قبل التحريم، ثم حرم الخبائث.

قال الشافعي: الضب والضبع واليربوع: يجوز أكلها.

والمراد بالحشرات: مثل الحية والعقرب والفأرة والوزغة والضفدع وسام أبرص والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد [٦٤٦/ب] ، ولا بأس بأكل دود الزنبور قبل نفخ الروح؛ لأن ما لا روح له.. لا يسمى ميتة، كما في «قاضي خان».

(ويكره الغراب الأبقع)؛ أي: الذي يأكل الجيف.

والغُدافُ، والرُّخَمُ، والبُغاثُ.

وَالْخَيْلُ تَحْرِيماً فِي الْأَصَحِّ.

الغراب ثلاثة أنواع:

نوع يأكل الجيف.. فهو لا يؤكل؛ فإنه خبيث وهو المراد بالأبقع.

ونوع يأكل الحب فقط.. فهو يؤكل.

ونوع يخلط بينهما: يأكل تارة الحب، وأخرى الجيف.. فهو يؤكل عند أبي حنيفة، وهو العقعق، وهو كالدجاج.

وعن أبي يوسف: أنه يكره؛ لأن غالب مأكوله الجيف.

والأول: أصح.

اختلف في الخفافيش:

قيل: يؤكل.

وقيل: لا يؤكل؛ لأن له ناباً.

(والغداف): وهو: غراب القيظ؛ لأنه يأكل الجيف، وإنه من الخبائث؛ وهو: غراب أسود كالفحم.

(والرخم): طير كبير يأكل الجيف في البوادي.

(والبغاث)، قال في «المصباح»: البغاث من الطير: ما لا يصيد، ولا يرغب في صيده؛ لأنه لا يؤكل.

وكذا: لا يؤكل العقاب والصقر والبازي والباشق والشاهين والحدأة من الطيور؛ لأنها ذو مخلب.

(و) يكره (الخيل تحريماً في الأصح).

قيل: كره تنزيهاً.

وجه الأصح: أن أبا حنيفة قال: إذا قلت: في شيء أكرهه.. فرأيي فيه التحريم.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يُكرهُ الْخَيلُ.

وَحلَّ العُقعُقُ، وغرابُ الزَّرْعِ، والأرنبُ.

وَلَا يُؤْكَلُ مِن حَيَوَانِ المَاءِ إِلَّا السَّمكُ بأنواعِهِ؛ كالجريثِ والمارمَاهِيّ.

وَلَا يُؤْكَلُ الطَّافي مِنْهُ.

(**وعندهما: لا يكره الخيل**)؛ لما عرف في محله.

(**وحل العقعق وغراب الزرع**)؛ أبقع كان أو أسود.

والعقعق: طائر طويل الذنب فيه سواد وبياض.

وعن أبي يوسف: أنه يكره؛ لأن غالب أكله الجيف.

وعن محمد: إذا أكل الجيف.. لا يؤكل، وإذا أكل الحب.. يؤكل.

(**والأرنب**)؛ لما روي: أنه ﷺ: أمر أصحابه أن يأكلوه حين أهدى إليه مشوياً.

(**ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك بأنواعه؛ كالجِرّيث**)، يقال له: سمكة الرس [مدورة] كالترس.

(**والمارماهي**) مثل: الحية، وغيرهما من أنواع السمكة.

(**ولا يؤكل الطافي منه**): وهو: اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا.

والمراد من السمك الطافي: هو الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب، فيعلو الماء.

بخلاف ما إذا مات في الماء لسبب من الأسباب الجارحة، مثل: ضيق المكان بأن سقط في جب ماء أو في حظيرة أو في شبكة الصيد ولم يقدر على الخروج منها فمات.. فإنه يحل أكله ولو كان طافياً على الماء؛ لأنه مات بسبب.

وكذا لو مات بأكل شيء ألقي في الماء لصيد السمك؛ فإنه مات بسبب.

وَإِن مَاتَ لحرٍّ أَو بردٍ.. فَفِيهِ رِوَايَتَانِ.

وَيحلُّ هُوَ وَالْجَرَادُ بِلَا ذكاةٍ.

وَلَو ذبحَ شَاةً لم تُعلَم حَيَاتُهَا فتحرَّكتَ؛ أَو خرجَ مِنْهَا دمٌ.. حلَّت، وإِلَّا.. فَلَا.

وإِنْ عُلِمَتْ.. حلَّت مُطلقاً.

وكذا.. لو مات بقتل طير الماء، أو سمك آخر، أو وجد في بطن سمك آخر، أو لدغ حية ونحوه.

(وإن مات لحر أو برد.. ففيه روايتان):

في رواية: أنه يؤكل؛ لأنه مات بسبب حادث [٦٤٧/أ].

وفي رواية أخرى: لا يؤكل؛ لأن الحر والبرد من صفات الزمان ليسا من أسباب الموت غالباً.

(ويحل هو)؛ أي: السمك (والجراد بلا ذكاة)؛ لقوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان؛ أما الميتتان: فالسمك والجراد، وأما الدمان: فالكبد والطحال».

(ولو ذبح شاة لم تعلم حياتها فتحركت أو خرج منها دم.. حلت، وإلا.. فلا).

(وإن علمت) حياتها (.. حلت مطلقاً)؛ أي: تحركت أو لا، خرج الدم أو لا، وهذا: لأن الحركة وخروج الدم لا يكونان إلا من الحي؛ لأن الميت لا يتحرك، ولا يخرج منه الدم، فيكون وجود أحدهما: علامة الحياة فيه.. فيحل، وعدمهما: علامة الموت.. فلا تحل.

إلا إذا علم حياتها عند الموت.. فتحل؛ لأن الأصل: بقاء ما كان على ما كان، فلا يحكم بزوال الحياة بالشك.

* * *

(كتاب الأضحية)

(كتابُ الْأُضْحِيَّةِ)

هِيَ وَاجِبَةٌ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: سنَّةٌ.

وَقيلَ: هُوَ قَوْلُهمَا.

(كِتَابُ الأُضْحِيَّة)

وهي: **في اللغة**: اسم ما يذبح في يوم الأضحى؛ على وزن أفعولة في أصله، اجتمعت الواو والياء، وسبقت إحداهما بالسكون، وهو الواو، فقلبت الساكن ياء وأدغمت الياء في الياء؛ وكسرت الحاء؛ لثبات الياء فصار أضحية.

وفي الشريعة: عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص، وهو يوم الأضحى.

وشرائطها: سيأتي ذكرها في أثناء الكلام.

وسببها: دخول وقت الأضحى كما في الصلاة، وقد عرف في الأصول.

وصفتها: الوجوب في الأصح.

ولهذا قال: (**هي واجبة**)؛ أي: بالقدرة المتمكنة؛ بدليل: أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر، ثم افتقر.. كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها، ولا تسقط عنه الأضحية؛ فلو كانت واجبة بالقدرة الميسرة.. لكان دوامها شرطاً؛ كما في الزكاة والعشر والخراج.. حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة.

(**وعن أبي يوسف: سنة**) مؤكدة.

(**وقيل: هو**)؛ أي: كونه سنة (**قولهما**)؛ أي: قول أبي يوسف ومحمد.

ذكره الطحاوي وغيره؛ مستدلين بقوله ﷺ: «إذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن يضحي.. فليمسك عن شعره وأظفاره»، رواه مسلم.

وَإِنَّمَا تجبُ على: حُرٍّ، مُسلمٍ، مُقيمٍ، مُوسِرٍ، عَن نَفسِهِ، لَا عَن طِفْلِهِ.

والإرادة: تنافي الوجوب، ولأنها لو كانت واجبة.. وجبت على المقيم والمسافر كالزكاة وصدقة الفطر؛ لأنهما لا يختلفان في العبادة المالية.

وجه الوجوب: قوله ﷺ: «من وجد سعة ولم يضح.. فلا يقربن مصلّانا» رواه أحمد وابن ماجه، ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب، ولأنه ﷺ أمر بإعادتها [٦٤٧/ب] بقوله: «من ضحى قبل الصلاة.. فليعد»، والأمر للوجوب، وإنما لم تجب على المسافر؛ لأن أداءها يختص بأشياء تشق على المسافر وتفوت بمضي الوقت.. فلا تجب عليه؛ لدفع الحرج عنه كالجمعة.

بخلاف الزكاة وصدقة الفطر؛ فإنهما لا يفوتان بمضي الوقت.

والمراد بالإرادة فيما رواه: ضد السهو، لا التخيير؛ لأنه غير مخير إجماعاً؛ لأن التخيير يقع في المباح.

(وإنما تجب على حر مسلم مقيم موسر).

أما اشتراط الحرية: فلأنها قربة مالية، فلا تؤدى إلا بالمال، والمالك: هو الحر لا العبد؛ إذ لا ملك للعبد.

وأما الإسلام: فلأن القربة لا تتأدى إلا من المسلم؛ لأن الكافر ليس أهلاً للقربة إلى الله.

وأما الإقامة: فلما ذكرناه من قبل.

وأما اليسار: فلما روينا، ولأن العبادة لا تجب إلا على القادر، والقدرة في العبادة المالية: بالغنى لا بالفقر.

(عن نفسه)؛ لأنه أصل في الوجوب عليه، (لا عن طفله)؛ أي: لا تجب عن أولاده الصغار في ظاهر الرواية، وعليه الفتوى؛ لأنه قربة محضة، والأصل في العبادات: أن لا تجب على أحد بسبب غيره.

بخلاف صدقة الفطر؛ لأن فيها معنى المؤونة، والسبب فيها رأس يمونه ويلي

وَقيل: تجبُ عَنهُ أَيْضاً.

وَقيل: يُضحِّي عَنهُ أَبوهُ أَو وَصِيُّهُ مِن مَالِهِ، فيطعِمُ مِنْهَا مَا أَمكنَ، ويستبدلُ بِالْبَاقِي مَا يُنْتَفعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ.

عليه، وهذا المعنى: متحقق في حق الولد في صدقة الفطر دون الأضحية؛ فلهذا: لا تجب عليه عن عبده، وصدقة الفطر تجب عليه عنه.

(وقيل: تجب عنه)؛ أي: عن طفله (أيضاً)؛ أي: كما تجب عن نفسه، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة.

وذلك: لأنه في معنى نفسه، فيلحق به كما في صدقة الفطر.

فعلى هذه الرواية: لو ولد له ولد في أيام النحر [.. فعلى الروايتين المذكورتين في اليسار فيها، والأول: ظاهر الرواية][1].

والمعتبر: يساره وإعساره في ذلك اليوم.

(وقيل: يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله)؛ أي: مال الطفل إن كان له مال.

(فيطعم)؛ أي: يطعم أبوه أو وصيه إياه (منها)؛ أي: من الأضحية التي هي من مال الطفل (ما أمكن) إطعامه إياه (ويستبدل بالباقي ما ينتفع به مع بقائه)؛ أي: بقاء عينه؛ كالثوب والخف والفرو والفأس والمنخل ونحوها، وهذا اختيار شمس الإسلام؛ وهو رواية ابن سماعة عن محمد، وجعله صاحب «الهداية» أصح.

لكن قال: في «الكافي»: الأصح: أنه لا يجب ذلك على الصغير، وليس للأب أن يفعله من مال الصغير أيضاً.

وقال في «قاضي خان»: وليس على الرجل أن يضحي عن أولاده الكبار وامرأته إلا بإذنهم.

وعن أبي يوسف: أنه يجوز بغير أمرهم استحساناً.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «الزيلعي» (٦/٣).

وفي الولد الصغير عن أبي حنيفة روايتان:

في ظاهر الرواية: يستحب، ولا يجب، بخلاف صدقة [٦٤٨/أ] الفطر؛ فإنها تجب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يجب أن يضحي عن ولده، وعن ولد ولده الذي لا أب له.

والفتوى: على ظاهر الرواية.

فإن كان للصغير مال.. قال بعض مشايخنا: يجب على الأب والوصي في قول أبي حنيفة: أن يضحي من مال الصغير؛ قياساً على صدقة الفطر، ولا يتصدق بلحمه، بل يأكل الصغير؛ فإن فضل شيء يمكن ادخاره.. يشتري بذلك ما ينتفع بعينه.

وعلى الرواية التي لا يجب في مال الصغير: ليس للأب والوصي أن يفعل ذلك.

فإن فعل الأب.. لا يضمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعليه الفتوى.

ويضمن في قول محمد وزفر أيضاً [وإن فعل الوصي.. يضمن في قول محمد وزفر][١].

واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.. قال بعضهم: لا يضمن كما لا يضمن الأب.

وقال بعضهم: إن كان الصبي يأكل.. لا يضمن، وإلا.. يضمن.

والمعتوه والمجنون في هذا بمنزلة الصبي.

أما الذي يجن ويفيق.. فهو كالصحيح.

ولو كان الصحيح مسافراً، وله ولد صغير في وطنه.. لا يجب على المسافر أن يضحي عن نفسه.

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٣/٦).

وَهِي: شَاةٌ، ....

وعلى الرواية التي يجب على الأب أن يضحي عن ولده الصغير: يجب على المسافر أن يضحي عن ولده؛ فإن مات ولده في أيام النحر.. سقطت أضحيته. انتهى.

(**وهي:**) أي: الأضحية شروع في بيان ما يجوز من الأضحية وما لا يجوز.

قال في «الفتاوى»: تجوز من أربع من الحيوان: الشاة، والمعز، والبقر، والإبل، ذكورها وإناثها، وكذا الجاموس؛ لأنه نوع من البقر الأهلي.

وإن ندت الأهلية وتوحشت، فرماها عن الأضحية.. جاز.

ولا يجوز الوحشي.

والذي تولد من الوحشي والأهلي؛ إن كانت الأم أهلية.. جاز. كذا في «قاضي خان».

(**شاة**) ذكر أو أنثى، لكن الذكر منها: أفضل إذا كان خصياً.

والثني منها فصاعداً: جائز.

ولا يجوز ما دون ذلك من كل شيء؛ إلا الجذع العظيم من الضأن؛ كذا في «الخلاصة» وسيأتي تفصيله.

وكذا: يجوز المعز؛ لأنه نوع من الشاة، والذكر منه أفضل أيضاً.

ولو نزا كلب على شاة فولدت.. قال عامة العلماء: لا يجوز.

وقال الإمام الخيزاخيزي: إن كان شبه الأم يجوز.

ولو نزا شاة على ظبي.. قال الإمام الخيزاخيزي: إن كان شبه الأب.. يجوز.

ولو نزا ضبي على شاة.. قال عامة العلماء: يجوز.

وقال الإمام الخيزاخيزي: العبرة للمشابهة. كذا في «الخلاصة».

وقال فيه أيضاً: الغنم أفضل من المعز.

واختلفوا في أن البقرة أفضل أم الشاة الواحدة:

أَو بَدَنَةٌ، ....

قال بعضهم: إذا كانت قيمة الشاة [٦٤٨/ب] أكثر من قيمة البقرة.. فالشاة أفضل؛ لأن الشاة كلها يكون فرضاً، والبقرة سبعها يكون فرضاً، والباقي نفل، وما كان كله فرضاً: أولى.

وقال بعضهم: البقرة أفضل؛ لأنها أكثر لحماً، وإن ذبحت عن واحد.. تكون كلها فرضاً.

وقال أبو حفص الكبير: البقرة أفضل من الشاة إذا استويا في القيمة؛ لأنها أعظم وأكبر.

والشاة أفضل من سبع البقرة إذا استويا في القيمة واللحم.

والبقرة أفضل من ست شياه إذا استويا في القيمة.

وسبع شياه أفضل من البقرة.

والأصل فيه: أنهما إذا استويا في القيمة واللحم.. فأطيبهما لحماً أفضل.

وإن اختلفا.. فالفاضل أولى.

حتى إنَّ الفحل بعشرين - وهو قيمته -: أفضل من خصي بخمسة عشر.

وفي «الفتاوى»: شاة واحدة للأضحية بثلاثين درهماً: أفضل من شراء شاتين بثلاثين درهماً، وشراء شاة بعشرين: أفضل من شراء شاتين بعشرين.

ولو ولدت شاة الأضحية ولداً.. كان عليه أن يذبح ولدها أيضاً.

فإن ترك الولد إلى العام القابل وضحاه عن السنة القابلة.. لا يجوز.

فإن كانت قيمة الولد في السنة الأولى: درهمين، فتصدق بدرهمين بعدما مضت أيام النحر من السنة الأولى، وكبر الولد في العام القابل، فصارت قيمته عشرين، وضحى بها عن القابل.. جاز. كذا في «قاضي خان».

(أو بدنة)، الأنثى منها: أفضل، ولا يجوز منها إلا الثني.

أَو سُبُعُ بَدَنَةٍ، ....

(أو سُبُع) بضم السين (بدنة)، والقياس: أن لا تجوز البدنة كلها إلا عن واحد؛ لأن الإراقة قربة واحدة، وهي لا تتجزأ، إلا أنا تركناه بالأثر، وهو ما روي عن جابر أنه قال: نحرنا مع رسول الله البقر عن سبعة، والبدنة عن سبعة.

ولا نص في الشاة.. فبقي على أصل القياس.

والتقدير بالسُّبُع: لنفي الزيادة لا لنفي النقصان، حتى لو ضحى بقرة أو بدنة عن اثنين أو ثلاثة أو ستة.. جاز، على ما ذكره محمد في «الأصل»؛ لأنه لما جاز عن سبعة.. فعن أقل منها: أولى.

ولا يجوز عن ثمانية وما فوقها؛ لعدم النقل فيه، فيبقى على الأصل.

أطلق السبعة، فشمل: ما إذا كان واحد منهم الأب والباقي أولاده كما في «قاضي خان»؛ حيث قال: ولو ضحى غني بدنة عن نفسه، وعن ستة من أولاده.. ليس هذا في ظاهر الرواية.

وقال الحسن بن زياد في كتاب الأضحية: له ذلك إن كان أولاده صغاراً.. جاز عنه وعنهم جميعاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وإن كانوا كباراً:

إن فعل بإذنهم.. جاز عن الكل في [٦٤٩/أ] قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وإن فعل بغير أمرهم، أو بغير أمر بعضهم.. لا يجوز عنه ولا عنهم في قولهم جميعاً؛ لأن نصيب من لم يأمر.. صار لحماً، فصار الكل لحماً.

وفي قول الحسن بن زياد: إذا ضحى بدنة عن نفسه، وعن خمسة من أولاده الصغار، وعن أم ولده بأمرها أو بغير أمرها.. لا يجوز عنه ولا عنهم.

وقال أبو القاسم: يجوز عن نفسه.

سبعة اشتركوا في تضحية البقرة، ومعهم صبي ضحى عنه أبوه، أو معتوه ضحى عنه أبوه، أو أم ولد مسلمة ضحى عنها مولاها.. جاز الكل.

بأنِ اشْترِكَ مَعَ سِتَّةٍ فِي بقرةٍ أَو بعيرٍ، وكلٌّ يُرِيدُ الْقرْبَةَ، ....

وهل يجوز اشتراك الحي مع الميت؟

ففي «الخلاصة» نقلاً عن «الأصل»: سبعة اشتركوا في بقرة أو بدنة، ثم مات بعضهم قبل أن ينحروا، فقال ورثته: انحروها عنكم وعن فلان الميت.. يجزيهم استحساناً.

وهل يأكل ورثة الميت نصيب الميت أو يتصدق؟

ففي «الخانية»: إن الورثة يحل لهم أكل نصيب الميت في رواية، وهو المختار.

وفي رواية: لا يأكلون، بل يتصدقون.

واعلم: أنه لو قال: «أو سبع بدنة أو بقرة».. لكان أوفق لبيانه بقوله: (**بأن اشترك مع ستة في بقرة أو بعير**).

بخلاف الشاة.. فإنه لا يجوز الاشتراك فيها؛ لعدم النص فيها، بل تقع عن واحد.

(**وكل**)؛ أي: كل واحد من السبعة (**يريد القربة**)، حتى لو نوى أحدهم اللحم.. بطل الكل.

ولا يلزم اتفاق جهة القربة، حتى لو نوى بعض الشركاء: الأضحية، وبعضهم: هديَ المتعة، وبعضهم: هديَ القِران، وبعضهم: جزاء الصيد، وبعضهم: دم العقيقة لولادة ولد له في عامه ذلك.. جاز عن الكل في ظاهر الرواية.

وعن محمد في «النوادر» كذلك.

وعن أبي يوسف في «الأمالي»: الأفضل أن يكون الكل من جنس واحد؛ فإن كان مختلفاً وكل واحد متقرب إلى الله.. جاز.

وعن أبي حنيفة أنه قال: أكره ذلك؛ فإن فعلوا.. جاز.

وقال زفر: لا يجوز، ويكون الكل لحماً. كذا في «قاضي خان».

وَهُوَ مِن أَهلِهَا، وَلم ينقُص نصيبُ أَحدِهم عَن سُبُعٍ.

فَلَو أَرَادَ أحدُهم بِنَصِيبِهِ اللَّحْمَ، أَو كَانَ كَافِراً، أَو نَصِيبُهُ أقلَّ مِن سُبُعٍ.. لَا تجوزُ عَن وَاحِدٍ مِنْهُم.

وَيجوزُ اشْتِرَاكُ أَقلَّ مِن سَبْعَةٍ، وَلَوِ اثْنَيْنِ.

وَيُقسَمُ لَحمُهَا وزناً، لَا جُزَافاً؛ إِلَّا إِذا خُلِطَ بِهِ مِن أكارِعِه أَو جلده.

وفيه أيضاً: سبعة اشتروا البقرة للأضحية، فنوى أحدهم الأضحية عن نفسه هذه السنة، ونوى أصحابه الأضحية عن السنة الماضية.. قالوا: تجوز الأضحية عن هذا الواحد، ونية أصحابه السنة الماضية: باطلة، وصاروا متطوعين، ووجبت الصدقة عليهم بلحمها وعلى الواحد أيضاً؛ لأن نصيبه شائع.

ولو اشترى بقرة للأضحية، ونوى سبعها منها لعامه هذا، وستة أسبابها عن السنين الماضية.. لا يجوز عن الماضية، ويجوز عن عامه هذا.

ولو نوى بعض [٦٤٩/ب] الشركاء التطوع، وبعضهم الأضحية للعام الماضي الذي صار ديناً عليه، وبعضهم الأضحية الواجبة من عامه هذا.. جاز الكل، ويكون عن الواجب عمن نوى الواجب عن عامه ذلك، ويكون تطوعاً عن الذي نوى القضاء عن العام الماضي، ولا يجوز عن قضائه، بل يتصدق بقيمة شاة وسط لما مضى.

(**وهو من أهلها**)؛ أي: من أهل القربة، حتى لو كان أحد الشركاء كافراً.. لا يجوز عن الكل.

(**ولم ينقص نصيب أحدهم عن سبع؛ فلو أراد أحدهم بنصيبه اللحم، أو كان كافراً، أو**) كان (**نصيبه أقل من سبع.. لا تجوز**) في كل من هذه الصور (**عن واحد منهم**)؛ لفقد الشرط.

(**ويجوز اشتراك أقل من سبعة ولو**) وصلية (**اثنين**) لما ذكرناه.

(**ويقسم لحمها وزناً**) لأنه وزني (**لا جزافاً**).

(**إلا إذا خلط به من أكارعه أو جلده..**) فإنه حينئذ يصرف الجنس إلى خلافه،

وَلَو شرى بَدَنَةً للأُضحيةِ ثمَّ اشتركَ فِيهَا سِتَّةٌ.. جَازَ اسْتِحْسَاناً.

والاشتراكُ قبلَ الشِّرَاءِ أَحَبُّ.

وَأَوَّلُ وَقتِهَا: بعدَ فجرِ النَّحْرِ.

وَلَا يذبحُ فِي الْمصرِ قبلَ صَلَاةِ الْعِيدِ.

فيعرى عن شبهة الربا.

(ولو شرى بدنة للأضحية، ثم اشترك فيها ستة) أخرى (.. جاز استحساناً).

والقياس: أن لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنه أعدها للقربة، فيمنع عن بيعها تمولاً، وفي الاشتراك: ذلك.. فلا يجوز.

وجه الاستحسان: أنه قد يجد بقرة سمينة، وقد لا يظفر بالشركة وقت الشراء فيشتريها، ثم يطلب الشركاء، ولو لم يجز ذلك لحرجوا، وهو مدفوع.

(والاشتراك قبل الشراء أحب)؛ لبعده عن الخلاف ومن صورة الرجوع عن القربة.

(وأول وقتها)؛ أي وقت الأضحية: (بعد) طلوع (فجر) يوم (النحر، ولا يذبح في المصر) احترز به عن القرى كما يظهر لك وجهه (قبل صلاة العيد)؛ يعني: لا يجوز لأهل المصر أن يذبحوا أضحيتهم قبل صلاة العيد، ويجوز لأهل القرى، والأصل فيه: قوله ﷺ: «من ذبح قبل الصلاة.. فليعد ذبيحته، ومن ذبح بعد الصلاة.. فقد تم نسكه، وأصاب سنة المسلمين».

قالوا: هذا في حق من عليه صلاة العيد؛ كيلا يشتغل عنها بها، ولا معنى للتأخير عن القروي؛ إذ لا صلاة عليه.

ثم المعتبر في ذلك: مكان الأضحية لا مكان المضحي، حتى لو كانت الأضحية في السواد، والمضحي في المصر.. يجوز الأضحية كما انشق الفجر.

وفي عكسه: لا يجوز إلا بعد الصلاة.

وحيلة المصري إذا أراد التعجيل: أن يبعث بها إلى خارج المصر في موضع

يجوز للمسافر أن يقصر فيه، فيضحي فيه كما طلع الفجر؛ لأن وقتها من طلوع الفجر.

وإنما أخرت إلى ما بعد الصلاة في المصر؛ لما ذكرناه.

وهذا: لأن الأضحية تتعلق بالمال لا بالذمة كالزكاة، فيصير فيها مكان المحل، لا مكان الفاعل [٦٥٠/أ].

بخلاف صدقة الفطر؛ فإنها تتعلق بالذمة لا بالمال، فيعتبر فيها مكان الفاعل لا مكان المحل؛ لأن المال ليس بمحل لها، حتى لا تسقط بهلاك المال بعد طلوع الفجر من يوم الفطر.

ولو ضحى بعدما صلى العيد أهل المسجد، قبل أن يصلي أهل الجبانة.. أجزأه استحساناً؛ لأنها صلاة معتبرة.

وإن كان على العكس.. قيل: على القياس والاستحسان أيضاً.

وقيل: يجوز قياساً واستحساناً؛ لأن المسنون في صلاة العيد: الخروج إلى المصلى، فكان أصلاً، والآخر كالخلف عنه.

ولو ضحى بعدما قعد الإمام قدر التشهد قبل أن يسلم.. لم يجز في ظاهر الرواية.

ويجوز في رواية الحسن.

ولو لم يصل الإمام العيد في اليوم الأول.. أخروا التضحية إلى الزوال، ثم ذبحوا؛ إذ لا تجزيهم التضحية ما لم يصل الإمام، إلا بعد الزوال.. فحينئذٍ تجوز؛ لخروج وقتها.

وكذا في اليوم الثاني: لا يجزئهم قبل الزوال.

وقيل: في الغد وبعد الغد: يجوز قبل الصلاة؛ لأنه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في الأول، والصلاة في الغد: تقع قضاء لا أداء.. فلا يظهر هذا في حق التضحية.

وَآخِرُهُ: قُبَيلَ غرُوبِ الْيَوْمِ الثَّالِثِ.

ولو صلى الإمام، ثم تبين أنه صلى بغير طهارة.. تعاد الصلاة دون الأضحية.

ولو وقعت في البلد فتنة، ولم يبق فيها وال يصلي بهم العيد، فضحوا بعد طلوع الفجر.. أجزأهم؛ لأن البلد صارت حينئذ في هذا الحكم كالسواد.

ولو شهدوا عند الإمام أنه يوم العيد فصلى، ثم انكشف أنه يوم عرفة.. أجزأتهم التضحية؛ لأنه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطأ، فيحكم بالجواز؛ صيانة لهم.

بخلاف ما إذا صلى بغير شهادة.

ثم أيام النحر: ثلاثة، وأيام التشريق: ثلاثة أيضاً، والكل يمضي بمضي أربعة أيام.

أولها: نحر لا غير، وآخرها: تشريق لا غير، والمتوسطان: نحر وتشريق.

والتضحية في أيام النحر: [أفضل][١] من التصدق بثمن الأضحية؛ لأنها تقع واجبة عند البعض، وسنة عند البعض، والتصدق بالثمن: تطوع محض، فكانت هي أفضل، ولأنها تفوت بفوات وقتها، والتصدق لا يفوت. كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

(وآخره)؛ أي: آخر وقتها: **(قبيل غروب اليوم الثالث)**، وهو الثاني عشر من ذي الحجة.

إلا أن الأفضل: الذبح في العاشر، ثم الثاني، ثم الثالث.

وفيه إشارة: إلى أن التضحية تجوز في الليلتين الأخيرتين لا الأولى؛ لأن الليل تابع النهار والمستقبل، إلا في أيام الأضحية؛ فإن الليل فيها [٦٥٠/ب] تابع لنهار ماض كما في «شرح النقاية» نقلاً عن «المضمرات».

واستشكل عليه بليلة اليوم الرابع؛ فإنه ليس بوقت للأضحية بلا خلاف، ولو كان تابعاً لنهار ماض.. لكان وقتاً لها.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٦/٥).

وَاعْتُبِرَ آخِرُهُ لِلْفَقرِ، وضدِّهِ، والولادةِ وَالْمَوْتِ.

وأَوَّلُها: أَفضلُهَا.

وأجيب: بأن المراد: فيما بين أيام الأضحية.

قال في «قاضي خان»: ويجوز في الليلتين الحادية عشرة والثانية عشرة، لكنه يكره.

(واعتبر آخره)؛ أي: آخر وقتها (للفقر وضده)؛ أي: الغنى، حتى لو كان غنياً في أول وقتها، ثم صار فقيراً في آخره.. لا يجب عليه الأضحية؛ لسقوطها بالفقر.

ولو كان فقيراً في أول وقتها، ثم أيسر في آخره.. تجب عليه الأضحية؛ لأن السببية إنما تتقرر في آخر الجزء، فيعتبر هو لا ما قبله، وقد تقدم بيانه في الصلاة.

(والولادة والموت)؛ فلو مات في آخر الوقت.. سقطت الأضحية عنه، حتى لا يجب عليه الإيصاء.

ولو ولد في آخر الوقت.. فعلى أبيه أن يضحي عنه.

وكذا: لو أسلم الكافر، أو بلغ الصبي، أو أقام المسافر في آخر الوقت.. وجبت الأضحية عليه.

ولذا: قال في «قاضي خان»: موسر اشترى شاة للأضحية في أول أيام النحر ولم يصح حتى افتقر قبل مضي أيام النحر، أو أنفق حتى انتقص النصاب.. سقطت عنه الأضحية.

وإن افتقر بعدما مضت أيام النحر.. كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها، ولا تسقط عنه الأضحية. انتهى.

(وأولها: أفضلها)؛ يعني أن الأضحية جائزة في ثلاثة أيام: يوم النحر ويومان بعده؛ لما روي عن عمر وعلي وابن عباس: أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة؛ أفضلها: أولها.

وَكُرِهَ الذّبْحُ لَيْلاً.

فَإِن فَاتَ وَقتُهَا قَبلَ ذَبحِهَا.. لزِمَ التَّصَدُّقُ بِعَينِ الْمَنْذُورَة حَيَّةً.

وَكَذَا: مَا شراها فَقيرٌ للتَّضحيةِ.

والغنيُّ يتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهَا؛ شراها أَو لا.

فكلام المصنف مقلوب عنه، وإنما كان أولها أفضلها؛ لما فيه من المسارعة إلى أداء القربة.

(وكره الذبح ليلاً).

أما جوازه فيه: فلأن الليالي تتبع الأيام، وأما الكراهة: فلاحتمال الغلط في ظلمة الليل.

(فإن فات وقتها)؛ أي: وقت الأضحية (قبل ذبحها.. لزم التصدق بعين المنذورة حية، وكذا ما شراها فقير للتضحية، والغني: يتصدق بقيمتها؛ شراها أو لا).

يعني: لو مضى أيام النحر ولم يضحِّ.. فلا يخلو:

إما إن أوجب على نفسه، بأن قال: «لله علي أن أضحي بهذه الشاة»؛ سواء أكان الموجِب فقيراً أو غنياً، أو لم يوجب.

فإن أوجب على نفسه.. يلزمه أن يتصدق بعين المنذورة؛ فقيراً كان الموجب أو غنياً.

وإن لم يوجب على نفسه:

فإن كان فقيراً وقد اشترى شاة بنية الأضحية.. يلزمه أن يتصدق بما اشتراه بنيتها حية أيضاً.

وإن كان غنياً ولم يوجب على نفسه شاة بعينه.. يلزمه تصدق قيمتها، اشترى لها، أو لم يشتر.

وهذا: لأنها وجبت [٦٥١/أ] على الغني بغناه؛ اشترى أو لم يشتر؛ فإذا فات الوقت.. لزمه تصدق قيمتها.

وأما على الفقير.. فإنما وجب عليه إما بالشراء أو بالإيجاب، فتعين بذلك عليه فيتصدق بعينه بعد فوت الوقت.

وكذا: إذا أوجبها الغني.. يلزمه أن يتصدق عين المنذورة.

وأما ما وجب عليه بسبب غناه من الأضحية.. فإنه يجب عليه أن يتصدق عين الشاة أو قيمتها.

قال في «الزيلعي»: ولا يجب على الغني من الأضحية أكثر من الواجب، [إلا إذا التزم التضحية بالنذر، وعنى][1] به غير الواجب في ذمته وهي الشاة التي وجبت بسبب اليسار.. فحينئذٍ يجب عليه أن يتصدق بالمنذور مع الواجب الذي في ذمته.

وكذا إذا أطلق النذر ولم يرد به الواجب في ذمته.. يجب عليه غيره معه.

وإن أراد به الواجب بسبب اليسار.. لا يلزمه غيره؛ لأن النذر إيجاب ينصرف إلى غير الواجب ظاهراً، ولكن يحتمل الصرف إلى الواجب؛ تأكيداً له، ونظيره: النذر بالحج وعليه حجة الإسلام.. فإنه يلزمه حجة أخرى، إلا إذا عنى به ما هو الواجب عليه. انتهى.

وهل تصير أضحية بمجرد نية الأضحية، وبغير إيجاب، أو لا؟

فهذه على وجوه ثلاثة:

الأول: إذا اشترى شاة ينوي بها الأضحية.

والثاني: أن يشتري بغير نية الأضحية، ثم نوى الأضحية.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «الزيلعي» (٦/٥).

والثالث: أن يشتري بغير نية، ثم يوجب بلسانه أن يضحي، فيقول: لله علي أن أضحي بها عامنا هذا.

ففي الوجه الأول: لا تصير أضحية في ظاهر الرواية، ما لم يوجبها بلسانه.

وعن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنها تصير أضحية بمجرد النية؛ كما لو أوجبها بلسانه، وبه أخذ أبو يوسف وبعض المتأخرين.

وعن محمد في «المنتقى»: إذا اشترى شاة ليضحي بها، وأضمر نية التضحية عند الشراء.. تصير أضحية.

وفي الوجه الثاني: لم يذكر في ظاهر الرواية شيء.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنها لا تصير أضحية، حتى لو باعها.. يجوز بيعها، وبه نأخذ.

وفي الوجه الثالث: تصير أضحية في قولهم، كذا في «قاضي خان».

وقال في «الخلاصة»: لو نذر في الأضحية بأن قال: لله علي أن أضحي بهذه الشاة.. تجب عليه بالإجماع.

وأجمعوا: أنها لا تصير واجبة بمجرد النية، حتى لو نوى أن يضحي بهذه الشاة، ولم يذكر بلسانه شيئاً.. لا يجب.

وبالشراء بنية الأضحية؛ إن كان المشتري غنياً.. لا يجب عليه باتفاق الروايات، حتى لو باعها واشترى أخرى بثمنها، والثانية [٦٥١/ب] شر من الأولى.. جاز ولا يجب عليه شيء.

وإن كان المشتري فقيراً.. قال في «شرح الشافي»: من اشترى شاة ليضحي بها.. تعينت لها بالنية عند الطحاوي.

قال: ومذهب الجمهور: أنها لا تصير لها، إلا أن يقول: على أن يضحي بها؛ لأن نفس النية غير موجبة، هكذا ذكره شمس الأئمة الحلواني.

وذكر الإمام خواهر زاده: في ظاهر الرواية عن أصحابنا: تصير واجبة، وهكذا ذكره الطحاوي.

وفي «الزيادات» في كتاب الهبة: رجل اشترى شاة فأوجبها أضحية.. وجبت عليه؛ موسراً كان أو معسراً.

واختلف المشايخ في قوله: «فأوجبها أضحية».. قال بعضهم: أوجبها بلسانه بعد الشراء، فيقول: لله علي أن أضحي بهذه الشاة.

وقال بعضهم: أراد به: أنه اشتراها بنية الأضحية، وقوله: أوجبها؛ أي: بذلك الشراء.

قال: وظاهر المذهب هذا. إلى هنا كلام «الخلاصة».

وقال في «القهستاني»: اعلم: أن وجوب الأضحية بالشراء فصل اختلفت فيه الروايات والمشايخ، فقال بعضهم: إن كلام «الزيادات» دال على أن شراء الموسر والمعسر موجب لها.

وكلام «النوادر»: على أن شراء المعسر غير موجب، على ما روي عن الشيخين.

وذكر شيخ الإسلام: أن شراء الموسر: غير موجب باتفاق الروايات.

وشراء المعسر: موجب في ظاهر الرواية.

وروى «الزيلعي»: أنه غير موجب، وهو المختار عند السرخسي.

وذكر الحلواني: أن شراء المعسر غير موجب في ظاهر الرواية.

وروى الطحاوي: أنه موجب؛ كما في «الظهيرية».

وذكر في «المشارع»: أنه من اشترى شاة.. تعينت بالنية عند الطحاوي، ولم تتعين عند الجمهور. انتهى كلام القهستاني.

بقي: أن الفقير إذا اشترى شاة للأضحية، فسرقت أو ماتت.. فهل يلزمه شراء أخرى للأضحية؟

ففي «الفتاوى»: إنها لا تلزم.

والغني إذا سرقت شاة الأضحية أو ضلت.. يجب عليه أخرى؛ لأن الوجوب على الفقير بالشراء، والشراء تناول هذا المعين، فوجب التضحية به؛ فإذا سرق المعين.. سقط الواجب، والواجب على الغني: بإيجاب الشرع، والشرع لم يوجب تضحية هذا المعين.. فلا يسقط الواجب بهلاك هذا المعين.

هذا، والفقير إذا اشترى مكان المسروق أخرى مع عدم وجوبه عليه، ثم وجد الأولى.. فهل يجب عليه أن يضحي بهما؟

ففي «الفتاوى» أيضاً: إنه يجب عليه أن يضحي بهما.

بخلاف الغني؛ فإنه إذا سرقت الشاة، فاشترى مكانها أخرى [٦٥٢/أ]، ثم وجد الأولى.. لا يجب عليه إلا واحدة منهما.

والفرق: أن الوجوب على الفقير بالشراء، والشراء للأضحية قد تعدد، فيتعدد الوجوب.

وعلى الغني: الوجوب بإيجاب الشرع، والشرع لم يوجب إلا أضحية واحدة.

وقيل: إن أوجب الثانية بدلاً عن الأولى.. له أن يذبح أيتهما شاء، من غير فرق بين الفقير والغني.

أما إذا أوجبها إيجاباً مبتدأ بعد شراء الأولى.. فعليه أن يضحي بهما.

قال في «الخلاصة»: وفي «الأصل»: اشترى أضحية، ثم باعها.. جاز في ظاهر الرواية.

ولو اشترى مثلها وضحى بها:

إن كانت الثانية مثل الأولى أو خيراً منها.. جاز، ولا يلزمه شيء آخر.

وَإِنَّمَا يجزئُ فِيهَا: الْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ، والثنيُّ فَصَاعِداً مِنَ الْجَمِيع.

وإن كانت دون الأولى.. تصدق بفضل ما بين القيمتين.

قال الإمام السرخسي: ومن أصحابنا من قال: هذا إذا كان المشتري فقيراً؛ فإن كان غنياً.. ليس عليه أن يتصدق بفضل القيمة.

قال: والأصح عندي: أن الغني والفقير سواء. انتهى.

(وإنما يجزئ فيها)؛ أي: في الأضحية: (الجَذَع) بفتحتين (من الضأن)، وهذا ذوات من الغنم.

والأصل فيه: قوله ﷺ: «نعمت الأضحية: الجذع من الضأن».

قال في «الهداية»: قالوا: وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو اختلف اثنان يشتبه على الناظر من بعيد، والجذع من الضأن: ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء.

وذكر الزعفراني: أنه ابن سبعة أشهر، وعنه: ثمانية أو تسعة.

وإنما قال: في مذهب الفقهاء؛ لأن عند أهل اللغة:

الجذع من الشاة: ما تمت له سنة، قال في «المغرب»: الجذع من البهائم قبل الثني، إلا أنه من الإبل قبل السنة الخامسة، ومن البقر والشاة: ما دخل في السنة الثانية، ومن الخيل في الرابعة.

وعن الأزهري: الجذع من المعز: لسنة، ومن الضأن: لثمانية أشهر.

هذا، وإنما قيد بقوله: «من الضأن»؛ لأن الجذع من المعز: لا يجوز، وكذا من غيره؛ كذا في «شرح النقاية» و«شرح المجمع».

(والثني فصاعداً من الجميع)؛ أي: من الضأن والمعز والإبل والبقر.

الثني من الضأن والمعز: ابن سنة.

ومن البقر: ابن سنتين.

ومن الإبل: خمس سنين، كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

وَتجوزُ الْجَمَّاءُ، والخَصيُّ، والتَّولاءُ، والجَرباءُ السمينةُ.

(وتجوز الجمَّاء)، وهي: التي لا قرن لها؛ لأن القرن لا يتعلق به مقصود، ألا ترى أن التضحية بالإبل جائزة، ولا قرن لها.

وفي «الزيلعي»: وكذا بمكسورة القرن، بل أولى من الجماء. انتهى.

ولا بد أن يقيد الكسر بما لم يبلغ [٦٥٢/ب] المخ؛ لما قال في «الخلاصة»: والتي لا قرن لها من الأصل: تجوز؛ فإن انقطع وانكسر بعض قرنها.. يجوز، إلا إذا بلغ المخ.

(والخَصِيّ)؛ أي: منزوع الخصيتين.

(والتولاء)؛ أي: المجنونة؛ إن كانت سمينة، على ما في «الخلاصة».

(والجرباء السمينة)؛ لأن الجرب في الجلد، ولا نقصان في اللحم في السمينة، بخلاف ما إذا كانت مهزولة؛ لأن الجرب حينئذ في اللحم فينتقص.

قال في «الخلاصة»: وفي «نظم الزند وستي»: خمس عشرة من العيوب: لا تمنع جواز الأضحية:

منها: أن يكون لا أسنان لها، إن كانت تعتلف في ظاهر الأصول، وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز مطلقاً.

والتي لا لسان لها في الغنم: تجوز، وفي البقر: لا؛ لأن الغنم يعتلف بالأسنان، والبقر باللسان.

والجرباء إن كانت سمينة.

والتي لا قرن لها من الأصل: تجوز، وإن انقطع أو انكسر بعض قرنها.. تجوز أيضاً، إلا إذا بلغ المخ.

وصغيرة الأذن.

والتي في أذنها ثقب أو شقاق من الأعلى إلى الأسفل.

لَا العمياءُ، والعوراءُ، والعجفاءُ الَّتِي لَا تُنقي، ....

والتولاء.

والعرجاء التي تضع الرابعة على الأرض وتستعين بها، إلا أنها تتمايل مع ذلك وتضعها وضعاً خفيفاً: تجوز.

والمجبوب العاجز عن الجماع.

والتي بها السعال.

والعاجزة عن الولادة لكبر سنها.

والتي بها كيّ.

والتي لا ينزل لبنها من غير علة.

والتي لها ولد. انتهى.

(لا العمياء)، وهي: التي ذهبت عيناها.

(والعوراء)، وهي: التي ذهبت إحدى العينين.

هذا بيان العيوب التي لا تجوز بها الأضحية.

والأصل فيه: أن العيب الفاحش: مانع، واليسير: غير مانع؛ لأن الحيوان قلّ ما يخلو عن يسير العيب، واليسير ما لا أثر له في لحمها، والعمى والعور مما لهما أثر في لحمها:

أما العمى: فظاهر.

وأما المعور: فلأنها لم تبصر بعين واحدة من العلف ما تبصر بالعينين، وقلة العلف تورث الهزال.

(والعجفاء التي لا تنقي)، في «المصباح»: النِّقو وزان حِمْل: كل عظم ذي مخ، والنِّقي بالياء: لغة.

أي: لا مخ لها من الهزال.

والعرجاءُ الَّتِي لَا تمشي إِلَى المنسكِ، وَمَقْطُوعَةُ الْيَدِ أَوِ الرِّجلِ، وذاهبةُ أَكْثرِ الْعينِ أَوِ الْأُذُنِ، أَوِ الذَّنبِ، أَوِ الإليةِ.

وفي «الخانية»: لا يجوز العجفاء التي لا تنقي، إلا أن يكون فقيراً أو نذر بعينه.. فيجوز. انتهى.

(والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك)، احترز به عن العرجاء التي تضع الرابعة على الأرض؛ فإنها تجوز كما ذكرناه آنفاً.

والأصل فيه: قوله ﷺ: «لا تجزئ في الضحايا أربعة: العوراء البين عورها، والعرجاء البين عرجها، والمريضة البين مرضها، والعجفاء التي لا تنقي».

(ومقطوعة اليد أو الرجل)؛ لأنها عيب فاحش.

(وذاهبة أكثر العين) الواحدة؛ لأن للأكثر حكم الكل، وحكم ذهاب كل العين: تقدم.

(أو الأذن) يجوز عطفه على [٦٥٣/أ] العين وعلى الأكثر، وكذا قوله: (أو الذنب أو الإلية).

قال في «الهداية»: لا يجوز مقطوعة الأذن والذنب.

أما الأذن: فلقوله ﷺ: «استشرفوا العين والأذن»؛ أي: اطلبوا سلامتهما.

وأما الذنب: فلأنه عضو كامل مقصود، فصار كالأذن.

ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها.

وإن بقي الأكثر من الأذن والذنب.. جاز؛ لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهاباً، ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه، فجعل عضواً.

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر، ففي «الجامع الصغير» عنه: وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الإلية الثلث أو أقل.. أجزأه، وإن كان أكثر.. لم يجز؛ لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة، فيعتبر قليلاً، وفيما زاد على الثلث: لا تنفذ إلا برضاهم، فاعتبر كثيراً.

وَفِي ذهَابِ النّصْفِ: رِوَايَتَانِ.

وَيجوز إِن ذَهَبَ أَقلُّ مِنْهُ.

وروي عنه: أن الربع كثير.

وعنه أيضاً: أن الثلث كثير.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا بقي الأكثر من النصف.. أجزأه؛ اعتباراً للحقيقة على ما تقدم في الصلاة، وهو اختيار الفقيه أبي الليث.

وقال أبو يوسف: أخبرت بقولي أبا حنيفة، فقال: قولي كقولك.

قيل: هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف.

وقيل: معناه: قولي قريب من قولك.

وفي كون النصف [مانعاً][1]: روايتان عنهما؛ كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف. انتهى.

وذكر فيها أيضاً: طريق معرفة المقدار.. فارجع إليه.

فظهر: أنه لا خلاف في أن ذهاب الأكثر من الأعضاء المذكورة: مانع، ولهذا جعله المصنف مانعاً مطلقاً.

وإنما الخلاف في ذهاب النصف وفي مقدار الأكثر، وإليه أشار بقوله: (**وفي ذهاب النصف روايتان**)؛ أي: عن أبي يوسف ومحمد، على ما في «الهداية» و«الخلاصة».

في رواية عنهما: أن مقدار النصف كثير عندهما.

وفي أخرى: قليل.

والأول: ظاهر الرواية عنهما.

(**ويجوز إن ذهب أقل منه**)؛ أي: من النصف. وإن أكثر من الثلث؛ لأن الأقل

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «فتح القدير» (٩/٥١٥).

وَقِيلَ: إِنْ ذهبَ أَكثرُ من الثُّلُثِ.. لَا يجوز.

وَقِيلَ: إِنْ ذهبَ الثُّلُثُ.. لَا يجوزُ.

وَلَا يضرُّ تعيُّبُها مِن اضطرابِها عِنْدَ الذَّبْحِ.

من النصف قليل عندهما في ظاهر الرواية، دون النصف.

(وقيل: إن ذهب أكثر من الثلث.. لا يجوز) عند أبي حنيفة.

وقدر الثلث: يجوز، وعليه اعتمد في «الجامع الصغير».

(وقيل: إن ذهب الثلث.. لا يجوز)، وهو رواية عن أبي حنيفة.

ولو علم المشتري بذلك بعد الذبح.. جازت الأضحية إن كان أقل من الثلث، ويرده على البائع بنقصان العيب، ويتصدق بأرش النقصان [٦٥٣/ب] أيضاً.

وإن كان العيب مما لا تجوز معه الأضحية.. يرجع على البائع بنقصان العيب، ويطيب له أرش النقصان، كذا في «قاضي خان».

وقال في «الخلاصة»: لا يجوز مقطوعة رؤوس ضروعها، وإن ذهب من واحد أقل من النصف.. فعلى ما ذكرناه من الخلاف في العين والأذن. انتهى.

وهل تجمع الخروق في أذني الأضحية؟

فقد اختلف المشايخ.

قيل: يجمع حتى يكون مانعاً.

وقيل: لا.

(ولا يضر تعيُّبها من اضطرابها عند الذبح) كما لو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها أو يدها فذبحها.. أجزأه استحساناً عندنا؛ لأن حالة الذبح ومقدماته تلحق بالذبح.

قال في «الخلاصة»: ولو ذهبت عينها في معالجة الذبح؛ إن لم يرسلها.. جاز، وإن أرسلها بعد إصابة الآفة، ثم ضحى بها في وقت آخر في يومه أو في يوم آخر.. لا رواية لها في الأصول.

وَإِن مَاتَ أَحدُ سبعةٍ وَقَالَ وَرَثَتُهُ: إِذبحوها عَنْكُم وَعنهُ.. صَحَّ.

وَكَذَا لَو ذَبَحَ بَدَنَةً عَن أُضْحِيَةٍ ومُتعَةٍ وقِرانٍ.

وفي «العيون» و«المنتقى» وأضاحي الزعفراني عن أبي يوسف: أنه يجوز.

وقال الزعفراني في كتابه: إنه لا يجوز.

وبه قال بعض العلماء، ولا نأخذ به.

قيد بقوله: «من اضطرابها عند الذبح»؛ احترازاً عما تعيب عنده لا عن اضطرابه؛ لما قال في «الخلاصة»: ولو كانت صحيحة العينين فاعورت عنده بعد إيجابه إياها على نفسه، أو كانت سمينة فصارت عجفاء أو عرجاء؛ إن كان موسراً.. لا يجوز أن يضحي، وإن كان فقيراً.. جاز له ذلك في رواية أبي سلمان.

وفي رواية أبي حفص: يجوز؛ معسراً كان أو موسراً.

والمختار: رواية أبي سلمان؛ لأن الوجوب على الغني: بالشرع ابتداء لا بالشراء، فلم يتعين به، وعلى الفقير: بشرائه بنية الأضحية، فتعينت.

وإن لم يكن لها إلية ولا أذن خلقة.. لا يجوز.

وإن كانت صغيرة الأذنين.. جاز، كذا في «قاضي خان».

(**وإن مات أحد سبعة، وقال ورثته: اذبحوها عنكم وعنه.. صح**)؛ لأن مقصود الكل: قربة، وموت أحدهم لا يمنع الوقوع عنه بعد إذن الورثة؛ لأنهم قائمو مقامه.

ولو ذبحوا بغير إذن الورثة.. لا يجزيهم؛ لأن بعضها لم يقع قربة.

والأصل فيه: أن التضحية عن الغير جائزة؛ لأنه ﷺ ضحى عن أمته.

(**وكذا**)؛ أي: صح (**لو ذبح بدنة عن أضحية ومتعة وقران**)؛ لأن اختلاف الجهات لا يضر، بعد أن وُجِد الاتفاق في قصد القربة.

بخلاف ما لو كان قصد بعضهم اللحم.. فإنها لا تجوز على ما تقدم.

وَيَأْكُلُ مِن لحمِ أُضحيتِهِ، وَيُطْعِمُ مَن شَاءَ مِن غَنِيٍّ وفقيرٍ.

وَنُدِبَ:

أَن لَا يُنقصَ الصَّدَقَةَ عَنِ الثُّلُثِ.

(ويأكل من لحم أضحيته، ويطعم من شاء، من غني وفقير)، ويدخر أيضاً؛ لقوله ﷺ: «كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي، ألا فكلوا منها وادخروا».

ومتى جاز أكله وهو غني.. جاز أن يؤكله [٦٥٤/أ] أيضاً.

(وندب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث)؛ لأن الجهات ثلاث: الإطعام، والأكل، والادخار.. فانقسم أثلاثاً.

وهذا في الأضحية الواجبة والسنة سواء؛ إذا لم تكن واجبة بالنذر.

وإن وجبت بالنذر.. فليس لصاحبها أن يأكل منها شيئاً، ولا أن يطعم غيره من الأغنياء؛ سواء كان الناذر غنياً أو فقيراً؛ لأن سبيلها التصدق، وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولا أن يطعم غنياً كذا في «الزيلعي».

فعلم منه: أن الفقير إذا اشترى شاة للأضحية من غير أن ينذر لها.. جاز له الأكل منها، كما صرح به في «التاتارخانية» نقلاً عن «العتابية»؛ حيث قال: إن المضحي يطعم منها من شاء؛ من الغني والفقير، والمسلم والذمي، وإن أكل الكلَّ أو أطعم الكل.. فهو جائز.

ويستحب له: أن يتصدق بثلثه، وإن كان فقيراً ذا عيال.. فالأفضل أن يأكل حينئذ نقلاً عن «فتاوى أهل سمرقند»؛ حيث قال: سئل قاضي بديع الدين عن الفقير إذا اشترى شاة للأضحية حتى تصير واجبة عليه؛ فإذا ضحى.. هل يحل له أكله؟

قال: نعم.

وقال القاضي برهان الدين: لا يحل. انتهى.

قلت: إطلاق المتون والفتاوى: يؤيد حل أكله، وهو المختار؛ لأن عدم حله مبني على القول بالوجوب بالشراء، وفيه خلاف كما عرفت، وعلى تقدير وجوبه

وَتَركُهُ لذِي عِيَالٍ توسعةً عَلَيْهِم.

وأَنْ يذبحَ بِيَدِهِ إِنْ أحسن، وإِلَّا.. يَأْمرُ غَيرَهُ ويَحضُرُها.

وَيُكرَهُ:

أَن يذبحَها كتابيٌّ.

بالشراء.. لا تثبت الحرمة أيضاً؛ لأن الوجوب بالفعل ليس سبيله التصدق، بل لزوم الأداء: مثل الواجب بالشرع.

وأما الوجوب بالنذر: فسبيله التصدق؛ لأنه أوجبه بلسانه عليه لله تعالى؛ فصاحب الحق في النذر: هو الله تعالى، والفقير نائب عنه، والدفع إلى الله تعالى غير ممكن.. فلا بد أن يدفع إلى نائبه.

وأما في الواجب بالفعل: فإنما أوجب بفعله على نفسه إيقاع ذلك الواجب، فاللازم عليه: هو الإيقاع لا التصدق؛ كما في أضحية الغني.

ولو ضحى عن أبويه.. يجوز له التناول منه عند عامة مشايخ بلخ.

وعند مشايخ بخارى: لا يحل، وهو اختيار الفضلي؛ كذا في «التاتارخانية».

(و) ندب (تركه)؛ أي: ترك التصدق (لذي عيال)؛ أي: لمن عليه نفقة جماعة، وهو ظرفٌ لـ:«ندب».

(توسعة عليهم)؛ أي: على العيال، وفيه إشعار بأنه لو كان عليه نفقة واحد.. لم يكن الترك ندباً؛ كذا في «شرح النقاية».

(و) ندب (أن يذبح بيده إن أحسن) التضحية؛ أي: علم بشرائطها وقدر على ذلك.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يحسن التضحية (.. يأمر غيره ويحضرها)؛ أي: التضحية بنفسه؛ لقوله ﷺ لفاطمة: «قومي فاشهدي أضحيتك؛ فإنه يغفر لك [٦٥٤/ب] بأول قطرة من دمها كل ذنب».

(ويكره أن يذبحها كتابي)؛ لأنه عمل قربة، وهو ليس من أهلها.

وَيتَصَدَّقُ بجلدِها، أَو يعمَلُهُ آلَةً؛ كجرابٍ أَو خُفٍّ أَو فروٍ، أَو يَشْتَرِي بِهِ مَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ؛ كغربال، وَنَحْوِهِ، لَا مَا يُستَهلَكُ كمُنخلٍ وَشبهِهِ.

فَإِنْ بدَّلَ اللَّحْمَ أَوِ الْجلدَ بِهِ.. يتَصَدَّق بِهِ.

ولو أمره فذبح.. جاز؛ لأنه من أهل الذكاة، والقربة أقيمت بإناباته ونيته.

بخلاف ما إذا أمر المجوسي؛ لأنه ليس من أهل الذكاة، فكان إفساداً لا تقرباً.

(**ويتصدق بجلدها**)؛ لأنه جزء منها.

(**أو يعمله آلة؛ كجراب أو خف أو فرو، أو يشتري به ما ينتفع به مع بقائه؛ كغربال ونحوه**)، وهذا: لأن الانتفاع بعينه غير محرم، فكذا ما هو بدل منه؛ لأن للبدل حكم المبدل منه.

(**لا ما يستهلك كخل وشبهه**)؛ لأنه تصرف على قصد التمول والتمول بها حرام.

(**فإن بدل اللحم أو الجلد به**)؛ أي: بما لا ينتفع به إلا باستهلاكه من الدراهم وغيره (.. **يتصدق به**)؛ لأن القربة انقلبت إلى بدله.

ولا يعطي أجر الجزار منها؛ لقوله ﷺ لعلي: «تصدق بجلالها وخطامها، ولا تعط أجر الجزار منها شيئاً».

وهذا يدل على النهي عن البيع أيضاً؛ لأن إعطاء أجر الجزار منه في معنى البيع.

ويكره أن يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها؛ لأنه التزم القربة بجميع أجزائها.

بخلاف ما بعد الذبح؛ لأنه أقيمت القربة بها كما في الهدي.

ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به؛ كما في الصوف.

وَلَو ذبحَ أُضْحِيةَ غَيرِهِ بِغَيْرِ أمرِهِ.. جَازَ.

وَلَو غلطَ اثْنَانِ فذبَح كلٌّ شَاةَ الآخرِ.. صَحَّ، وَلَا ضَمَان، ....

(ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره.. جاز، ولو غلط اثنان فذبح كل شاة الآخر.. صح) الأضحية عن كل منهما.

(ولا ضمان) عليهما استحساناً.

وأصل هذا: أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه.. لا يحل له ذلك، وهو ضامن بقيمتها، ولا تجزئه من الأضحية في القياس، وهو قول زفر.

وفي الاستحسان: يجوز ولا ضمان على الذابح، وهو قولنا.

وجه القياس: أنه ذبح شاة غيره بغير إذنه فيضمن؛ كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب.

ووجه الاستحسان: أنها تعينت للذبح لتعينها للأضحية، حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر، ويكره أن يبدل بها غيرها، فصار الملك مستعيناً بكل من يكون أهلاً للذبح، آذناً له دلالة؛ لأنها تفوت بمضي هذه الأيام، وعساه يعجز عن إقامتها لعوارض، فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها.

فإن قيل: يفوته أمر مستحب، وهو أن يذبحها بنفسه، أو يشهد الذبح، فلا يرضى به.

قلنا: يحصل له مستحبان آخران:

أحدهما: صيرورته مضحياً لما عينه، والآخر: كونه معجلاً به فريضة.

فإذا صحت الأضحية عنهما.. يأخذ كل واحد منهما أضحيته، ولو مسلوخة إن كانت باقية، ولا يضمنه إن هلكت.

وإن كان كل واحد منهما أكل ما ذبحه.. يحلل كل واحد منهما صاحبه فيجزيه؛ لأنه لو أطعمه الكل في الابتداء.. يجوز وإن كان [٦٥٥/أ] غنياً، فكذا: له أن يحلله

ويتحالَّانِ.

وإِنْ تشاحَّا.. ضمَّنَ كلٌّ صَاحبهُ قيمَةَ لَحْمِهِ، وَتصدَّقَ بهَا.

وَصحَّتِ التَّضْحِيَةُ بِشَاةِ الْغَصْبِ، دونَ شَاةِ الْوَدِيعَةِ، ....

في الانتهاء، وهو المراد بقوله: (ويتحالان)؛ أي: يحلل كل واحد منهما صاحبه؛ لما ذكرناه.

(وإن تشاحا) عن التحليل؛ أي: تنازعا عنه (.. ضمن كل صاحبه قيمة لحمه، وتصدق بها)؛ أي: بتلك القيمة؛ لأنها بدل عن اللحم، فصار كما لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها، فلو كان غيرها أنقص من الأولى.. تصدق بما فضل على الثانية.

ولو لم يشتر غيرها حتى مضت أيام النحر.. تصدق بثمنها كلها.

والأصل فيه: أن التضحية لما وقعت من صاحبه.. كان اللحم له؛ فإذا تشاحا عن التحليل.. كان كل واحد منهما متلفاً لحم أضحية صاحبه، ومن أتلف لحم أضحية صاحبه.. يكون ضامناً لقيمة لحمه.

(وصحت التضحية بشاة الغصب، دون شاة الوديعة)؛ لأن في الغصب يثبت الملك من وقت الغصب، وفي الوديعة: يصير غاصباً بالذبح، فيقع الذبح في الأول في ملكه، وفي الثاني في غير ملكه.

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: خمسة أموال إذا أخذها من ملك الغير يجوز بها الأضحية، وضمن قيمتها:

أولها: من غصب شاة وضحى بها.

والثاني: لو سرق وضحى بها.

والثالث: لو غصب من ولده الصغير أو الكبير.

وضَمِنَها.

والرابع: لو غصب من عبده المأذون المديون.

والخامس: الشراء الفاسد.

وستة لا تجوز:

أولها: المودع إذا ضحى بشاة الوديعة، والمعير، والمستبضع، والمرتهن، والوكيل بشراء الشاة أو الوكيل بحفظ ماله إذا ضحى بشاة موكله.

والسادس: الزوج أو الزوجة إذا ضحى بشاة صاحبه لنفسه بغير إذنه. انتهى.

(وضمنها)؛ لأنه أتلف مال الغير بالذبح فيها.

* * *

(كتاب الكراهية)

(كتابُ الكَرَاهِيَةِ)

الْمَكْرُوهُ: إِلَى الْحرامِ أقربُ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: كلُّ مَكْرُوهٍ: حرَامٌ، وَلم يلفِظْ بِهِ؛ لعدمِ الْقَاطِعِ.

(كِتَابُ الكَرَاهِيَةِ)

الكراهة ضد الإرادة والرضاء في اللغة.

وشرعاً: ما كان تركه أولى، وهو على نوعين:

كراهة تحريم، وكراهة تنزيه.

وذكر كراهة التحريم على المذهبين بقوله: (المكروه إلى الحرام أقرب) عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ أي: من الحلال.

فعلم منه: أن المكروه كراهة تنزيه.. فإلى الحل أقرب.

(وعند محمد: كل مكروه: حرام، ولم يلفظ) محمد (به)؛ أي: بلفظ الحرام؛ أي: لم يطلق عليه لفظ الحرام، مع أنه حرام عنده؛ (لعدم القاطع) على حرمته.

فالحرام: ما منع بدليل قطعي، وتركه فرض؛ كشرب الخمر والزنا.

والمكروه: ما منع بظني، وتركه واجب؛ كأكل الضب واللعب بالشطرنج؛ كما في «الكشف».

* * *

(فَصْلٌ فِي الْأَكلِ)

مِنْهُ فرضٌ، وَهُوَ: مَا ينْدَفعُ بِهِ الْهَلَاكُ.

ومندوبٌ، وَهُوَ: مَا زَادَ ليتَمَكَّنَ مِنَ الصَّلَاةِ قَائِماً، ويَسهُلَ عَلَيْهِ الصَّوْمُ.

ومباحٌ، وَهُوَ: مَا زَادَ إِلَى الشِّبَعِ؛ لزِيَادَةِ قُوَّةِ الْبدَنِ.

وَحرَامٌ، وَهُوَ: الزَّائِدُ عَلَيْهِ، إِلَّا لقصدِ التَّقْوِّي على صَوْمِ ....

(**فَصْلٌ فِي**) بَيَانِ أَحْوَالِ (**الأَكْلِ**)

(**منه**)؛ أي: من أنواع الأكل:

• (**فرض، وهو: ما يندفع به الهلاك**)، فيحرم تركه ويثاب عليه ولو من حرام؛ كأكل الميتة ومال الغير.

بخلاف ما لو امتنع [٦٥٥/ب] من التداوي بحرام حتى مات، على ما سيأتي، ومقدار هذا الأكل: ما يسد به رمقه.

• (**ومندوب**)؛ أي: مأجور عليه، (**وهو ما**)؛ أي: أكل (**زاد**) على ما يندفع به الهلاك؛ (**ليتمكن من الصلاة قائماً، ويسهل عليه الصوم**) الفرض.

وفيه إشعار بأنه جاز تقليل الأكل بحيث [يضعف] عن أداء الفرض، لكنه قال في «الاختيار»: إنه لم يجز، كذا في «شرح النقاية».

• (**ومباح: وهو ما زاد**) على المندوب منتهياً (**إلى الشبع؛ لزيادة قوة البدن**)، فهذا الأكل مما لا أجر فيه ولا وزر، ويحاسب عليه حساباً يسيراً إن كان من حل، وفيه إشعار بأنه لو أكل للسمن لا لقوة البدن.. كره نقله في «شرح النقاية» عن ابن مقاتل.

وعن أبي مطيع: لا بأس بأكله خبزاً مكسوراً في الماء البارد للسمن.

وفيه أيضاً: لو أكل الطعام، ثم تقيأ فوجده نافعاً.. لا بأس به؛ لأنه علاج.

• (**وحرام: وهو الزائد عليه**)؛ أي: على المباح، (**إلا لقصد التقوي على صوم**

الْغَدِ، أَو لِئَلَّا يستحيي الضَّيْفُ.

وَلَا تجوزُ الرياضةُ بتقليلِ الْأَكلِ حَتَّى يَضْعُفَ عَن أَدَاءِ الْعِبَادَةِ.

وَمنِ امْتنعَ منَ الْميتَةِ حَالَ المصةِ أَو صَامَ وَلم يَأْكُلْ حَتَّى مَاتَ.. أَثِمَ.

بِخِلَاف مَنِ امْتنعَ مِنَ التَّدَاوِي حَتَّى مَاتَ.

وَلَا بَأْس بالتفكُّهِ بأنواعِ الْفوَاكِهِ.

وَتَركُهُ: أفضلُ.

واتِّخاذُ الْأَطْعِمَةِ سَرَفٌ.

الغد، أو لئلا يستحيي الضيف)؛ سواء كان الضيف حاضراً معه في ابتداء الأكل، أو جاء بعدما أكل قدر حاجته.. فإنه غير حرام فيهما.

قالوا: إن الإكثار في ألوان الطعام: إسراف، إلا قصد قوة الطاعة، أو دعوة الأضياف قوماً بعد قوم.

(**ولا تجوز الرياضة بتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء العبادة**) لقوله ﷺ: «إن نفسك مطيتك، فارفق بها»، وليس من الرفق أن تجيعها وتذيبها؛ لأن ترك العبادة لا يجوز، فكذا ما يفضي إليه.

(**ومن امتنع من الميتة حال المخمصة، أو صام ولم يأكل حتى مات.. أثم**)؛ لأنه ترك ما هو الفرض من الأكل.

(**بخلاف من امتنع من التداوي حتى مات**)؛ حيث لا يأثم؛ لأن الشفاء منه غير متيقن.

(**ولا بأس بالتفكه بأنواع الفواكه، وتركه أفضل**)؛ لما فيه من مخالفة اشتهاء النفس.

(**واتخاذ الأطعمة**)؛ أي: أنواع الطعام: (**سرف**)؛ يقال: أسرف: جاوز القصد، والسَّرَف بفتحتين: اسم منه.

وَكَذَا: وضعُ الْخبزِ على الْمَائِدَةِ أَكثرَ مِن قدرِ الْحَاجةِ.

وَمسحُ الْأَصَابعِ والسِّكِّينِ بالخبزِ.

وَوضعُ المملحةِ عَلَيْهِ: مَكْرُوهٌ.

(وكذا: وضع الخبز على المائدة أكثر من قدر الحاجة)؛ أي: إسراف.

(ومسح الأصابع والسكين بالخبز، ووضع المملحة عليه)؛ أي: على الخبز: (مكروه).

قال في «قاضي خان»: قال أبو القاسم الصفار: ويكره وضع المملحة على الخبز، ويوضع الملح وحده على الخبز؛ لأن وضع المملحة على الخبز: استخفاف بالخبز، وقال: لا أجد في نية الذهاب إلى الضيافة.. سوى أن آمر برفع المملحة عن الخبز.

وكذا يكره تعليق الخبز بالخوان، وإنما يوضع بحيث لا يتعلق؛ كرامة للخبز.

وكذا لو وضع الخبز تحت القصعة لأجل التسوية.

وقال فيه أيضاً: إذا كان الرجل على مائدة، فناول غيره من [٦٥٦/أ] طعام المائدة:

إن علم أن صاحبه لا يرضى به.. لا يحل له ذلك.

وإن علم أنه يرضى به.. لا بأس به.

وإذا اشتبه عليه.. لا يناول.

ولا يعطي سائلاً.

وإن ناول الضيف شيئاً من الطعام إلى من كان ضيفاً معه على الخوان.. تكلموا فيه:

قال بعضهم: لا يحل له أن يفعل ذلك، ولا يحل لمن أخذه أن يأكل ذلك، بل يضعه على المائدة.

وَسنَّةُ الْأَكلِ: الْبَسْمَلَةُ فِي أَوَّلِهِ، والحمدَلَةُ فِي آخِرِهِ، وَغسلُ الْيَدينِ قبلَهُ وَبعدَهُ.

وَيُبدأُ بالشُّبَّانِ قَبلَهُ، وبالشيوخِ بعدَهُ.

وأكثرهم: جوزوا ذلك؛ لأنه مأذون بذلك عادة.

ولا يجوز لمن كان على المائدة: أن يعطي إنساناً دخل هناك لطلب إنسان أو لحاجة أخرى.

وكذلك لا يدفع إلى ولد صاحب المائدة وعبده وكلبه وسنوره.

رجل دعا قوماً إلى طعام، وفرقهم على أخونة، ليس لأهل هذا الخوان أن يتناول من طعام خوان آخر؛ لأن صاحب الطعام إنما أباح لأهل كل خوان أن يأكل ما كان على خوانه لا غير.

وقال الفقيه أبو الليث: القياس: كذلك.

وفي الاستحسان: إذا أعطى من كان في ضيافته تلك.. جاز.

وإن أعطى بعض الخدام هناك.. جاز أيضاً.

رجل أكل خبزاً مع أهله، فاجتمع كسرات الخبز، ولا يشتهي أكلها.. فله أن يطعم الدجاجة والشاة والبقر، وهذا أولى من الإلقاء في النهر أو الطريق، إلا إذا وضع في الأرض ليأكلها النمل.

(وسنة الأكل):

(البسملة في أوله، والحمدلة في آخره، وغسل اليدين قبله وبعده، ويبدأ) في غسل اليد (بالشبان قبله)؛ أي قبل الأكل، (وبالشيوخ بعده).

وإذا غسل قبل الطعام.. لا يمسح يده بالمنديل، بل يتركه حتى يجف؛ ليكون أثر الغسل قائماً عند الأكل. كذا في «قاضي خان».

وَلَا يَحِلُّ شُربُ لبنِ الأَتانِ، وَلَا بَوْلُ إِبلٍ.

(**ولا يحل شرب لبن الأتان**)؛ لأن حكم لبنه حكم لحمه؛ لتولده منه، ولحمه: حرام.. فكذا لبنه.

وكذا: يكره شرب لبن الخيل عند أبي حنيفة كلحمه عنده.

ولا يشرب لبن الجلّالة، ولا يؤكل لحمها؛ لأن النبي ﷺ نهى عن أكلها وشرب لبنها.

والجلّالة: هي التي تعتاد أكل الجيف والنجاسات؛ لأن لحمها يكون منتناً، فكذا لبنها.

ولو حبست حتى يزول النتن.. حلت.

ولم يقدر لذلك مدة في «الأصل»، وقدرها في «النوادر»: بشهر.

وقيل: بأربعين يوماً.

وبعشرة أيام في الشاة.

وثلاثة أيام في الدجاجة.

هذا في الجلالة التي لا تخلط، وأما التي تخلط؛ بأن تتناول النجاسة والجيف، وتتناول غيرهما على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها.. فلا بأس به.

ولهذا: يحل أكل جدي غذي بلبن الخنزير؛ لأن لحمه لا يتغير، وما غذي به.. يصير مستهلكاً لا يبقى له أثر.

وعلى هذا قالوا: لا بأس [٦٥٦/ب] بأكل الدجاج؛ لأنه يخلط، ولا يتغير لحمه.

وما روي: أن الدجاج يحبس ثلاثة أيام، ثم يذبح.. فذلك على سبيل التنزه.

ولو سقى ما يؤكل لحمه خمراً فذبح من ساعته.. حل أكله ويكره.

(**ولا بول إبل**)؛ لأنه حرام عند أبي حنيفة مطلقاً.

وقال أبو حنيفة: يحل للتداوي.

وقال: يحل مطلقاً، وقد تقدم في كتاب الطهارة.

وإِناءُ ذهبٍ أَو فضَّةٍ لرجلٍ، أَوِ امْرَأَةٍ.
وَحلَّ اسْتِعْمَالُ إِنَاءِ عقيقٍ وبلَّورٍ وزُجاجٍ ورَصَاصٍ.

(و) لا استعمال (**إناء ذهب أو فضة لرجل أو امرأة**) بالأكل والشرب والادهان والتطيب منها.

والأصل فيه: ما روي عن حذيفة أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تشربوا من آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها؛ فإنها لهم في الدنيا، ولكم في الآخرة».

والادهان والتطيب في معناهما، فيلحق بهما بدلالة النص المذكور.

وقال في «النهاية»: صورة الادهان المحرَّم: هو أن يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس؛ أما إذا أدخل يده وأخذ الدهن، ثم صبه على الرأس من اليد.. لا يكره.

(**وحل استعمال إناء عقيق وبلّور وزجاج ورصاص**).

وكذا: حل الشرب من إناء مفضض، والركوب على سرج مفضض، والجلوس على كرسي مفضض.

ويتقي موضع الفضة في الشرب من الإناء، وفي الجلوس على السرير والسرج والكرسي.

وكذا: الإناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب.

وكذا لو جعل ذلك في نصل السيف أو السكين أو في قبضتهما ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة.

وكذا: اللجام المفضض، والركاب المفضض: لا يكره.

هذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يكره ذلك كله.

ومحمد مع أبي حنيفة في رواية، ومع أبي يوسف في رواية، على ما سيأتي مصرحاً.

* * *

(فصلٌ فِي الكَسْبِ)

أفضلُهُ: الْجِهَادُ، ثمَّ التِّجَارَةُ، ثمَّ الحِراثةُ، ثمَّ الصِّنَاعَةُ.

وَمِنْه فرضٌ، وَهُوَ: قدرُ الْكِفَايَةِ لنَفسِهِ وَعِيَالِهِ، وَقَضَاءِ دُيُونِهِ.

ومستحبٌّ، وَهُوَ: الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ؛ ليواسيَ بِهِ فَقِيراً، أَو يَصِلَ بِهِ قَرِيباً.

ومُباحٌ، وَهُوَ: الزِّيَادَةُ للتجمُّلِ.

وَحرَامٌ، وَهُوَ: الْجمعُ للتفاخرِ والبَطَرِ ....

(فَصْلٌ فِي) بَيَانِ أَنْوَاعِ (الكَسْبِ)

(أفضله: الجهاد) في سبيل الله لإعلاء كلمة الله.

(ثم التجارة)، وكان إبراهيم عليه السلام بزازاً، وكذا كان أبو بكر الصديق بزازاً، وكان عثمان تاجراً يجلب الطعام ويبيعه، وكذا كان علي تاجراً يكتسب.

(ثم الحراثة)، وكان آدم عليه السلام مزارعاً.

(ثم الصناعة)، وكان داود عليه السلام يصنع الدرع من الحديد، وسليمان عليه السلام كان يصنع المكاييل، وزكريا عليه السلام كان نجاراً، ونبينا محمد ﷺ كان يرعى الغنم. وكلهم يأكلون من أكسابهم.

(ومنه)؛ أي: من الكسب:

- (فرض: وهو قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه)؛ لقوله ﷺ: «الكسب فريضة على كل مسلم».
- (ومستحب: وهو الزيادة عليه)؛ أي: على الفرض؛ (ليواسي)؛ أي ليقارن (به)؛ أي: بذلك الزيادة؛ أي: المستحب (فقيراً، ويصل به قريباً) من [٦٥٧/أ] جهة الأبوة أو البنوة أو الأخوة.
- (ومباح: وهو الزيادة للتجمل)؛ أي: إظهار النعمة.
- (وحرام: وهو الجمع للتفاخر والبطر) يقال بطر بطراً: كفر النعمة ولم يشكرها.

وَإِن كَانَ مِن حِلّ.

وَينْفقُ على نَفسِهِ وَعِيَالِهِ بِلَا إِسْرَافٍ وَلَا تَقتيرٍ.

وَمن قَدَرَ على الْكَسْبِ.. لزمَهُ.

وإِنْ عجزَ عَنهُ.. لزمَهُ السُّؤَالُ؛ فَإِنْ تَركَهُ حَتَّى مَاتَ.. أَثِمَ.

وإِنْ عجزَ عَنهُ.. يفْرَضُ على من عَلِمَ بِهِ أَنْ يُطعِمَهُ أَو يدلَّ عَلَيْهِ مَن يُطعِمهُ.

وَيُكرهُ إِعْطَاءُ سُؤَّالِ الْمَسْجِدِ.

(وإن) وصلية (كان من حل)؛ لأن الحرمة كانت لقصده التفاخر.. فلا يفيد كونه من حلّ.

(وينفق) من كسبه (على نفسه وعياله، بلا إسراف ولا تقتير)؛ أي: بلا تضييق في نفقتهم؛ لأن الإسراف: إفراط، والتقتير: تفريط، وكل منها مذموم شرعاً، بل يتوسط بينهما؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا﴾.

(ومن قدر على الكسب.. لزمه) أن يكتسب؛ لما روينا: من أن الكسب فريضة على كل مسلم.

(وإن عجز عنه.. لزمه السؤال)؛ فإنه نوع اكتساب، لكنه لا يحل إلا عند العجز، قال ﷺ: «السؤال آخر كسب العبد».

(فإن تركه)؛ أي: السؤال (حتى مات) جوعاً (.. أثم)؛ لأنه ألقى نفسه إلى التهلكة.

(وإن عجز عنه)؛ أي: عن السؤال (.. يفرض على من علم به)؛ أي: بحاله (أن يطعمه، أو يدل عليه من يطعمه)؛ لأن من دل على الخير كفاعله.

(ويكره إعطاء سُؤَّال المسجد)، وإن كان لا يتخطى الناس، ولا يمشي بين يدي المصلي؛ لما فيه من اشتغال الناس عن العبادة.

وَقيل: إِن كَانَ لَا يتخطَّى رِقَابَ النَّاسِ، وَلَا يمرُّ بَينَ يَدي مصلٍّ.. لَا يُكرهُ.

وَلَا يجوزُ قَبُولُ هَدِيَّةِ أُمراءِ الْجَورِ، إِلَّا إِذا عَلِمَ أَنَّ أَكثرَ مَالِهِ مِن حِلٍّ.

وَلَا تكرهُ إِجَارَةُ بَيتٍ بِالسَّوَادِ لِيُتَّخذَ بَيتَ نَارٍ، أو كنيسةً، أَو بِيعَةً، أَو يُبَاعَ فِيهِ الْخمرُ.

وَعِنْدَهُمَا: يُكرَهُ.

وَيُكرَهُ فِي الْمصرِ إِجْمَاعاً.

(**وقيل: إن كان لا يتخطى رقاب الناس، ولا يمر بين يدي مصل.. لا يكره**)؛ لما روي أنهم كانوا يسألون في المسجد على عهد رسول الله، حتى روي أن علياً تصدق بخاتمه في الصلاة، فمدحه الله تعالى بقوله: ﴿وَيُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَهُمْ رَٰكِعُونَ﴾.

بخلاف من يتخطى رقاب الناس ويمر بين يدي المصلي؛ فإنه مكروه؛ لما فيه من أذى الناس، وفي التصدق: إعانة على الأذى.

(**ولا يجوز قبول هدية أمراء الجور**)؛ لأن الغالب في مالهم الحرمة.

(**إلا إذا علم أن أكثر ماله من حل**)؛ بأن كان صاحب تجارة أو زرع أو عقار.. فحينئذٍ لا بأس به؛ لأن أموال الناس لا تخلو عن قليل حرام، والمعتبر: الغالب، وكذلك أكل طعامهم.

(**ولا تكره إجارة بيت بالسواد**)؛ أي: بالقرية (**ليتخذ بيت نار، أو كنيسة، أو بيعة، أو يباع فيه الخمر**)، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يكره**)؛ لأن فيه إعانة على المعصية.

ولأبي حنيفة: أن الأجرة على منفعة البيت، ولهذا: يجب الأجر بمجرد التسليم، ولا معصية فيه، وإنما المعصية في فعل المستأجر، وهو فاعل مختار يفعل باختياره.

(**ويكره في المصر إجماعاً**)؛ لأنهم لا يمكنون من إظهار هذه الأفعال في

وَكَذَا: فِي سَوادٍ غالبُهُ أَهلُ الْإِسْلَامِ.

وَمَن حملَ لذِمِّيٍ خمراً بِأَجْرٍ.. طَابَ لَهُ.

وَعِنْدَهُمَا: يُكرَهُ.

وَلَا بَأْسَ:

بِقَبُولِ هَدِيَّةِ العَبْدِ التَّاجِرِ.

وَإِجَابَةِ دَعوتِهِ.

واستعارةِ دَابَّتِهِ.

الأمصار؛ لظهور شعائر الإسلام في الأمصار، وفي إظهاره هتك شعائر الإسلام، بخلاف السواد؛ لعدم ظهور [٦٥٧/ب] شعائر الإسلام فيها.

(وكذا)؛ أي: يكره (**في سواد غالبه أهل الإسلام**)؛ لما ذكرناه في المصر؛ لأن للأكثر حكم الكل.

بخلاف ما كان غالب أهله الذمي من السواد؛ كسواد الكوفة.

(**ومن حمل لذمي خمراً بأجر.. طاب له**) الأجر؛ لأن المعصية في شربه، وهو فعل فاعل مختار، لا في حمله، فيجوز له الأجر.

(**وعندهما: يكره**)؛ لأنه أعانه على المعصية.

والجواب عنه لأبي حنيفة: منع كونه إعانة على المعصية.

(**ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر**)؛ لأن النبي ﷺ قبل هدية سلمان حين كان عبداً، وقبل هدية بريدة حين كانت مكاتبة.

(**وإجابة دعوته، واستعارة دابته**)؛ لأن كلاً من إجابة دعوته واستعارة دابته في معنى قبول هديته، بل دونها.

وَكُرِهَ:

قَبُولُ كِسوتِهِ ثوباً.

وإِهدائِهِ أَحدَ النَّقْدَيْنِ.

وَيُقبَلُ فِي الْمُعَامَلَاتِ قَولُ الْفَردِ وَلَو أُنْثَى أَو عبداً أَو فَاسِقاً أَو كَافِراً؛ كَقَوْلِه: شريتُ اللَّحْمَ مِن مُسلمٍ أَو كتابيٍّ، فَيحلُّ.

أَو مِن مَجُوسِيٍّ فَيحرُمُ.

(وكره قبول كسوته ثوباً، وإهدائه أحد النقدين)؛ لأنه تبرع، والعبد ليس من أهل التبرع، إلا أنه جوزت في الأمور المباحة عادة بالنص على خلاف القياس.. فلا يتعدى غيره.

(ويقبل في المعاملات قول الفرد، ولو) وصلية (أنثى أو عبداً أو فاسقاً أو كافراً؛ كقوله: شريت اللحم من مسلم أو كتابي فيحل، أو من مجوسي فيحرم).

قال في «الكنز»: ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة.

وقال الشارح الزيلعي: هذا سهو منه؛ لأن الحل والحرمة من الديانات، ولا يقبل قول الكافر في الديانات، وإنما يقبل في المعاملات خاصة للضرورة.

ولأن خبره صحيح؛ لصدوره عن عقل ودينٍ يعتقد فيه حرمة الكذب؛ لأن الكذب حرام في جميع الأديان، والحاجة ماسة إلى قبول قوله؛ لكثرة وقوع المعاملات معهم.

ولا يقبل في الديانات؛ لعدم الحاجة إليه، إلا إذا كان فيها ضرورة، وكم من شيء لا يصح [قصداً][1]، ويصح ضمناً.

ألا ترى: أن بيع حقِّ الشرب وحده لا يجوز، وبيعه مع الأرض يجوز، فكذا: هنا، حتى إذا كان له خادم أو أجير مجوسي، فأرسله ليشتري له لحماً، فقال: اشتريته

---

(١) زيادة من الزيلعي (١٢/٦).

وَقَوْلُ العَبْدِ وَالْأَمةِ وَالصَّبِيِّ فِي الْهَدِيَّةِ ....

من يهودي أو نصراني أو مسلم.. وسعه أكله.

وإن قال: اشتريته من مجوسي.. لا يسعه أكله؛ لأنه لما قبل في حق الشراء منه.. لزمه قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة؛ لما ذكرناه.

وإن كان لا يقبل قوله فيه قصداً؛ بأن قال: هذا حلال، وهذا حرام. انتهى كلامه.

فظهر: أنه لو حمل الحل والحرمة في كلام «الكنز» على الحل والحرمة في ضمن المعاملات.. لم يكن كلامه سهواً.

وفي كلام المصنف إشارة إلى ما ذكره «الزيلعي». تأمل.

(و) قُبل (قول العبد والأمة والصبي في الهدية) [٦٥٨/أ]؛ أي: إذا جاء العبد أو الأمة أو الصبي بشيء في يده، فقال: أهدى فلان إليك هذا الشيء.. قبل قولهم؛ لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء.

وكذا: إذا جاءت الأمة وقالت لرجل: بعثني مولاي إليك هدية.. وسعه أن يأخذها ويستعملها ويطأها بهذا الخبر؛ لأنه لا فرق بينها إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسها، ولأن قبول الهدية من باب المعاملات، وقول هؤلاء مقبول في المعاملات للتميز لا غير.

فإذا كان المخبر مميزاً.. يقبل قوله؛ عبداً كان أو حراً، مسلماً كان أو كافراً، صغيراً كان أو كبيراً.

ولا يشترط العدالة فيها؛ لأن وقوع المعاملات كثير، واشتراط العدالة فيها يفضي إلى الحرج، بخلاف الديانات؛ فإن وقوعها قليل.. فلا يفضي اشتراط العدالة فيها إلى الحرج.

فإن قيل: إن حل وطء الأمة التي قالت لرجل: «بعثني مولاي إليك هدية» من باب الديانات، فكيف يقبل قول الأمة فيها؟

وَالْإِذنِ.

وَشُرِطَ الْعدْلُ فِي الدِّيانَاتِ؛ كالخبرِ عَن نَجَاسَةِ المَاءِ، فيتيمَّمُ إِنْ أَخبرَ بهَا مُسلمٌ عدلٌ وَلَو أُنْثى أَو عبدٌ.

ويتحرَّى فِي الْفَاسِقِ والمستور،........................

قلنا: إن حل وطئها إنما ثبت في ضمن قبول نفسها هدية، لا قصداً، ورب شيء لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً.

(**والإذن**)؛ كما إذا قال العبد أو الصبي: أنا مأذون فلان؛ لأنه لو لم يقبل قوله في الإذن.. لوقع الناس في حرج عظيم؛ لأنه لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب في الأرض والمبايعة في السوق.

وخبر الوكالة: مثل الإذن.

(**وشرط العدل في الديانات**)؛ لأنها لا يكثر وقوعها مثل وقوع المعاملات.. فلا يفضي اشتراط العدالة فيها إلى الحرج كما في المعاملات.

فلا يقبل فيها قول: الفاسق، والكافر، والصغير؛ لعدم عدالتهم.

أما الفاسق: فظاهر، وكذا الكافر.

وأما الصغير: فلأنه ليس من أهل العدالة، ولأن الكافر والصغير ليسا من أهل أن يلتزما حكماً من الديانات، فليس لهما أن يلزما غيرهما.

وكذا: لا يقبل قول العبيد والإماء في الديانات إذا كانا فاسقين.

وأما إذا كانا عادلين.. فيقبل قولهما فيها؛ لترجح جانب الصدق بالعدالة.

(**كالخبر عن نجاسة الماء، فيتيمم إن أخبر بها مسلم عدل ولو**) وصلية (**أنثى أو عبد**).

يعني: يقبل قول الواحد العدل المسلم ولو أنثى أو عبد في إخبار نجاسة الماء.. فلا يتوضأ به، بل يتمم.

(**ويتحرى في الفاسق والمستور**)؛ يعني: لو أخبر الفاسق أو المستور بنجاسة

ثُمَّ يعْملُ بغالبِ رَأْيهِ.

وَلَو أراقَ فتَيَمَّمَ عِنْدَ غَلَبَةِ صدقِهِ وَتَوَضَّأ عِنْدَ غَلَبَةِ كَذِبِهِ.. كَانَ أحوطَ.

الماء.. لا يقبل قوله، بل يتحرى.

(**ثم يعمل بغالب رأيه**) إن كان أكبر رأيه أنه صادق.. تيمم، وإن كان أنه كاذب.. يتوضأ.

(**ولو أراق**) ذلك الماء (**فتيمم عند غلبة صدقه وتوضأ**) وتيمم [٦٥٨/ب] (**عند غلبة كذبه.. كان أحوط**)؛ لأن التحري دليل ظني، فلا يسقط به احتمال الكذب؛ فلو أراقه ثم تيمم عند غلبة صدقه.. لكان أحوط.

قال في «الهداية»: ومن الديانات: الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك.

يعني: أن الحل والحرمة يقبل فيها خبر الواحد العدل؛ [كالإخبار][(١)] بحل الأكل والشرب والإطعام، ولو أخبر بحله.. يجوز الأكل والشرب؛ لأن الحل والحرمة حق الله تعالى، فيثبت خبر الواحد العدل، ولا يخرج عن ملكه؛ لأن بطلان الملك لا يثبت بخبره، وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك.

وأما إذا تضمن زوال الملك.. فلا يقبل قوله؛ كما إذا أخبر رجل أو امرأة عدل الزوجين بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة.. لا يقبل، بل لا بد فيها من شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين؛ لأن الحرمة هنا مع بقاء النكاح غير متصور، فكان متضمناً لزوال الملك.

* * *

---

(١) زيادة من «العناية» (١٠/١١).

(فصلٌ فِي اللُّبْسِ)

الْكِسْوَةُ مِنْهَا فرضٌ، وَهُوَ: مَا يَسْتُرُ الْعَوْرَةَ، وَيدْفَعُ ضَرَرَ الْحَرِّ وَالْبردِ.

وَالْأَولَى: كَونُهُ مِنَ الْقُطنِ أَوِ الْكَتَّانِ، بَينَ النفيسِ والخَسيسِ.

ومُستَحبٌّ، وَهُوَ: الزَّائِدُ لأَخذِ الزِّينَةِ وَإِظْهَارِ نعْمَةِ اللهِ تَعَالَى.

(فَصْلٌ فِي) بَيَانِ (اللُّبْسِ)

(الكسوة منها)؛ أي: من الكسوة:

- (فرض، وهو: ما يستر العورة ويدفع ضرر الحر والبرد)؛ لقوله تعالى: ﴿خُذُوا زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾؛ أي: ما يستر عوراتكم عند الصلاة، ولأنه لا يؤدي الصلاة إلا بستر العورة، فتكون فرضاً؛ لأن كل ما لا يتوصل إلى الفرض إلا به.. فهو فرض.. فالكسوة فرض، فصار نظير الطعام والشراب الفرض.

(والأولى: كونه من القطن أو الكتان)، قال في «الاختيار»: وهو المأثور، وأبعد عن الخيلاء.

(بين النفيس والخسيس)؛ لأنه لو كان خسيساً.. يحتقر، ولو كان نفيساً.. يأخذه الجبارون، وعن النبي ﷺ أنه نهى عن الشُّهرتين، وعما كان فيه نهاية النفاسة، وما كان فيه نهاية الخباثة، وخير الأمور: أوسطها.

وينبغي أن يلبس الغسيل في عامة الأوقات، ولا يتكلف الجديد، كذا في «الاختيار».

- (ومستحب، وهو: الزائد لأخذ الزينة، وإظهار نعمة الله تعالى)، قال في «الاختيار»: الكسوة منها:

فرض، وهو: ما يستر العورة ويدفع الحر والبرد، قال الله تعالى: ﴿خُذُوا زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾؛ أي: ما يستر عوراتكم عند الصلاة.

وَمُبَاحٌ، وَهُوَ: الثَّوْبُ الْجَمِيلُ للتَّزَيُّنِ.

ومستحب، وهو: ستر العورة وأخذ الزينة قال ﷺ: «إن الله يحب أن يرى أثر نعمته على عبده». انتهى.

أقول: في كل من كلام المصنف و«الاختيار» بحث.

أما في كلام المصنف: فلأنه إن أراد بأخذ الزينة: ستر العورة كما ذكره في «الاختيار» في تفسير الآية المذكورة.. فليس هذا بزائد على الفرض، بل عين الفرض.

وإن أراد به: أخذ الشهرة والتلذذ الدنيوي.. فهو ليس بمستحب، بل مباح أو مكروه.

وإن أراد: إظهار نعمة الله تعالى [٦٥٩/أ].. فلا بد من بيانه.

وأما في كلام «الاختيار»: فلأنه إن أراد بأخذ الزينة: ستر العورة كما فسره أولاً في الآية المذكورة.. فلا مغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه، فلا يكون مستحباً، بل فرضاً.

وإن أراد به: إظهار أثر نعمة الله تعالى كما دل عليه ما رواه مرفوعاً.. فاللائق أن يذكر معنى أخذ الزينة: بمعنى إظهار أثر نعمة الله تعالى.

قال في «الخلاصة» نقلاً عن «النوازل»: خرج رسول الله ﷺ ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم، وربما قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم.

وأبو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته أربعمائة دينار، وكان يقول لتلامذته: إذا رجعتم إلى أوطانكم.. فعليكم بالثياب النفيسة.

وقال الإمام السرخسي: ينبغي أن يلبس في عامة الأوقات الغسيل، ويلبس الأحسن في بعض الأوقات إظهاراً لنعمة الله تعالى، ولا يلبس في جميع الأوقات؛ لأن ذلك يؤذي المحتاجين.

• (ومباح، وهو الثوب الجميل للتزين) في الجمع والأعياد ومجامع الناس.

ومكروهٌ، وَهُوَ: اللُّبْسُ للتَّكبُّرِ.

وَيسْتَحبُّ الْأَبْيَضُ وَالْأسودُ.

وَيكرَهُ: الْأَحْمَرُ والمُعَصفَرُ.

وَالسُّنَّةُ: إرخاءُ طرفِ الْعِمَامَةِ بَينَ كَتفيهِ قَدْرَ شبرٍ.

وَقيلَ: إلَى وَسَطِ الظَّهْرِ.

وَقيلَ: إلَى مَوضِعِ الْجُلُوسِ.

وَإذا أَرَادَ تَجْدِيدَ لفِّها.. نقضَهَا كَمَا لفَّها.

ومن هذا القبيل: ما ذكرناه عن «الخلاصة» من رداء رسول الله ﷺ، ورداء أبي حنيفة.

وقد وري أيضاً أنه ﷺ كان له جبة فنك يلبسها يوم عيد، وأهدى له المقوقس قباء مكفوفاً بالحرير، كان يلبسه للجمع والأعياد.

• (**ومكروه، وهو: اللبس للتكبر**)؛ للنهي عنه.

(**ويستحب: الأبيض**)؛ لقوله ﷺ: «خير ثيابكم البيض، وإن الله تعالى يحب الثياب البيض».

(**والأسود**)؛ كذا في «السير الكبير»، ذكره في «الخلاصة».

(**ويكره الأحمر والمعصفر**)؛ لأن النبي ﷺ نهى عنه.

(**والسنة: إرخاء طرف العمامة بين كتفيه قدر شبر**).

(**وقيل: إلى وسط الظهر**).

(**وقيل: إلى موضع الجلوس**).

والمروي عن رسول الله ﷺ: هو الإرخاء بين كتفيه.

ثم اختلفوا في قدر المرسل على هذه الأقوال الثلاثة؛ لعدم التيقن بالقدر.

(**وإذا أراد تجديد لفها.. نقضها كما لفها**)؛ أي: لا يلقيها على الأرض دفعة

وَيَحلُّ للنِّسَاءِ لُبسُ الْحَرِيرِ.

وَلَا يَحِلُّ للرِّجَالِ إِلَّا قدرُ أَربعِ أَصَابعَ، كَالْعلَمِ.

وَلَا بَأْسَ بتوسُّدِهِ وافتراشِهِ.

خلافاً لَهما.

واحدة، بل ينقضها كوراً كوراً؛ كذا نقل عنه ﷺ.

ولا بأس بلبس القلانس، وقد صح: أنه كان لرسول الله ﷺ قلانس يلبسها.

(**ويحل للنساء لبس الحرير، ولا يحل للرجال إلا قدر أربع أصابع كالعَلَم**).

والأصل فيه: ما رواه أبو موسى الأشعري: أن النبي ﷺ أحل الذهب والفضة والحرير للإناث من أمته، وحرم على ذكورها.

وروي كثير في معناه.

وقال في «الخلاصة»: إن كان الثوب من غير الحرير، وعلمه من الحرير:

إن كان قدر أربع أصابع مضمومة.. لا بأس به [٦٥٩/ب].

فإن زاد على أربع أصابع.. يكره.

فقدر أربع أصابع بما كانت مضمومة لا منشورة.

وقيل: منشورة في العرض دون الطول.

وقيل: قدر الأصابع كما هي.

وقال في «قاضيخان»: روى بشر عن أبي حنيفة: أنه لا بأس بالعلم في الثوب من الحرير إذا كان أربع أصابع أو دونها.

(**ولا بأس بتوسده**)؛ أي: استعمال الوسادة من الحرير تحت رأسه أو جنبه.

(**وافتراشه**) عند أبي حنيفة، (**خلافاً لهما**).

قال في «الخلاصة»: وتعليق الستور من الحرير على الأبواب والحيطان: على هذا الخلاف.

وَلَا بَأْسَ بِلُبْسِ مَا سُدَاهُ إبريسمٌ، وَلُحْمَتُهُ غَيرَهُ.

وَعَكسُهُ لَا يُلبَسُ إِلَّا فِي الْحَرْبِ.

وَيُكرَهُ لُبسُ خالصِهِ فيها.

خلافاً لَهما.

ثم ما ذكره المصنف من اتفاق الإمامين في ذلك: هو وضع الصدر الشهيد والقدوري.

وذكر أبو الليث قول أبي يوسف مع أبي حنيفة.

فعلم منه: أنه عن أبي يوسف روايتين.

(ولا بأس بلبس ما سداه: إبريسم، ولحمته: غيره)، من القطن أو الكتان أو الجز؛ سواء كان غالباً أو مغلوباً أو مساوياً للحرير مختلطاً أو خالصاً؛ لأن الثوب لا يصير ثوباً إلا بالنسج، والنسج باللحمة.. فكانت هي المعتبرة.

ولأن اللحمة تظهر في المنظر، فيكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى.

قال في «المصباح»: السَّدَى - وزان الحصى -: من الثوب خلاف اللحمة، وهو ما يمد طولاً في النسج، ولَحمة الثوب بالفتح: ما ينسج عرضاً، والضم لغة فيه، أنكره الكسائي.

(وعكسه)؛ أي: ما لحمته إبرسيم وسداه غيره (... لا يلبس) بالإجماع.

(إلا في الحرب) للضرورة فيه، ولأنه يري هيبته في عين العدو.

(ويكره لبس خالصه فيها)؛ أي: في الحرب عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ لما روي أنه ﷺ رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب.

ولأبي حنيفة: إطلاق النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير؛ لأنه لا يفصل فيها بين مال ومال، والضرورة المرخصة في الحرب اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير.. فلا حاجة إلى الخالص.

وَيجوزُ للنِّسَاءِ التَّحلِّي بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ.

لَا للرِّجَالِ، إِلاّ الْخَاتِمَ والمِنطقَةَ، وَحليةَ السَّيْفِ مِنَ الْفضَّةِ، ومِسمارَ .....

(ويجوز للنساء التحلي بالذهب والفضة، لا للرجال)؛ لورود النهي عنه في حق الرجال دون النساء، فبقي في حقهن على الأصل.

(إلا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) دون الذهب؛ لورود الآثار في جواز التختم بالفضة دون الذهب.

والقول بأنه لا بأس به.. غير صحيح، على ما في «الخلاصة».

وكان للنبي ﷺ خاتم فضة وكان في يده الشريفة، حتى توفي، ثم في يد أبي بكر إلى أن توفي، ثم في يد عمر إلى أن توفي، ثم في يد عثمان إلى أن وقع في البئر، فأنفق مالاً عظيماً في طلبه، فلم يجده، ووقع الخلاف فيما بينهم والتشويش من ذلك الوقت إلى أن استشهد رضي الله عنه.

ولا ينقش [٦٦٠/أ] في خاتمه صورة إنسان أو طير أو هوام أو حيوان.

بل ينقش: اسمه أو اسم أبيه أو اسماً من أسماء الله تعالى.

ولا ينقش: «محمد رسول الله»؛ لأنه نقش خاتم رسول الله بثلاثة أسطر، كل كلمة سطر.

ونقش خاتم أبي بكر: «نعم القادر الله».

ونقش خاتم عمر: «كفى بالموت واعظاً يا عمر».

ونقش خاتم عثمان: «لتصبرن أو لتندمن».

ونقش خاتم علي: «الملك لله».

وخاتم أبي حنيفة: «قل الخير وإلا فاسكت».

(و) يجوز (مسمار) قال في «المصباح»: المسمار: ما يسمر به، والجمع مسامير،

وَكِتَابَةَ الثَّوْبِ بِذَهَبٍ أَو فضَّةٍ، وَشدَّ السِّنّ بِالْفِضَّةِ.

وَلَا يجوزُ بِالذَّهَبِ.

خلافاً لَهما.

وَلَا يتختَّمُ بِحَجَرٍ وَلَا صُفْرٍ وَلَا حَدِيدٍ.

وَقيلَ: يُبَاحُ بِالْحَجَرِ اليَشَبِ.

وسمرت عينه: كحلتها بمسمار محمر في النار، والمراد به ههنا: وتد من (الذهب في ثقب الفص)؛ لأنه تابع للفص؛ كالعلم في الثوب، فيجوز تبعاً للفص.

(و) يجوز (كتابة الثوب بذهب أو فضة)؛ لأنها تابعة للثوب، فيجوز.

(وشد السن بالفضة، ولا يجوز) شد السن (بالذهب) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، جَعَلَ أبا يوسف مع محمد، وهو اختيار بعض المشايخ.

وجعله بعضهم مع أبي حنيفة.

وإذا سقط السن: هل يعيدها إلى مكانها؟

ففي «الخلاصة»: لا يعيدها، لكن يأخذ سن شاة ذكية ويضعها مكانها.

وقال أبو يوسف: يأخذ سن نفسه، ولا يأخذ سن غيره.

ويجوز الصلاة مع سنّه، ولا تجوز مع سن غيره، وبينهما فرق لم يحضره.

قال محمد: تجوز الصلاة مع سن غيره إذا كانت مشدودة بالذهب أو الفضة.

(ولا يتختم بحجر، ولا صفر، ولا حديد)؛ لأن النبي ﷺ نهى عن التختم بها.

(وقيل: يباح بالحجر اليشب)، قال في «الخلاصة» نقلاً عن «الجامع الصغير»: لا يتختم إلا بالفضة، ثم قال: وهذا نص على أن التختم بالحجر الذي قال له: «يشب»: حرام.

والأصح: أنه لا بأس به.

وَتركُ التَّخَتُّمِ أفضلُ لغيرِ السُّلْطَانِ وَالْقَاضِي.

وَيجوزُ الْأَكَلُ وَالشُّربُ مِن إِنَاءٍ مفضَّضٍ، وَالْجُلُوسُ على سَرِيرٍ مفضَّضٍ؛ بِشَرْطِ اتِّقاءِ مَوضِعِ الْفضَّةِ.

وَيُكرَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَعَن مُحَمَّدٍ رِوَايَتَانِ.

وَيُكرَهُ إِلباسُ الصَّبِيِّ ذَهَباً أَو حَرِيراً.

وَيُكرهُ حملُ خِرقَةٍ لمسحِ الْعرقِ أَو المُخاطِ أَوِ الْوضُوءِ إِنْ للتكبُّرِ.

ثم قال: إذا تختم بالفضة.. ينبغي أن يكون الفص إلى بطن الكف، بخلاف النساء، ويجعله في اليد اليسرى في الخنصر، وقوله ﷺ: «اجعلها في يمينك» كان في الابتداء، ثم صار ذلك من علامات أهل البغي.

والحلقة: هي المعتبرة.

وإنما يجوز التختم بالفضة إذا كان على هيئة خاتم الرجال؛ أما إذا كان على هيئة خاتم النساء؛ بأن كان له فصان أو ثلاثة.. يكره.

وللرجال اتخاذ خاتم فضة من عقيق أو فيروزج أو ياقوت، ولو نقش عليه اسمه أو اسماً من أسماء الله تعالى.. لا بأس به. انتهى.

(**وترك التختم أفضل لغير السلطان والقاضي**)، وقال في «الخلاصة»: ونحوهما: من احتاج إلى التختم.

(**ويجوز الأكل والشرب من إناء مفضض، والجلوس على سرير مفضض؛ بشرط اتقاء موضع الفضة، ويكره عند أبي يوسف**) [٦٦٠/ب].

(**وعن محمد: روايتان**)؛ في رواية: مع أبي حنيفة، وفي رواية: مع أبي يوسف.

(**ويكره إلباس الصبيِّ ذهباً أو حريراً**)؛ لأنه لما حرم لبسهما.. حرم إلباسهما أيضاً؛ كالخمر لما حرم شربه.. حرم سقيه أيضاً، وأثمه على الملبس.

(**ويكره حمل خرقة لمسح العرق أو المخاط أو الوضوء إن**) كان (**للتكبر**).

وإِنْ لِلْحَاجِةِ.. فَلَا هُوَ الصَّحِيحُ.

والرَّتَمُ لَا بَأْسَ بِهِ.

(وإن) كان (للحاجة.. فلا) يكره. (هو الصحيح).

قال في «الخلاصة»: إن كل ما كان على وجه التكبر يكره، وما كان للحاجة.. لا يكره.

ونظيره: التربع في الجلوس، والاتكاء؛ إن فعل تكبراً.. يكره، وإن فعل لحاجة.. لا يكره.

(والرَّتَمُ لا بأس به)، وهو: خيط التذكر، يعقد في إصبعه أو في خاتمه ليتذكره؛ كما في عادة الحالية، والرتيمة: بمعنى الرتم.

* * *

(فَصْلٌ فِي النَّظَرِ وَنَحْوِهِ)

وَيَحرمُ النّظرُ إِلَى الْعَوْرَةِ.

إِلّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ؛ كالطبيب، والخاتِنِ، والخافِضَةِ، والقابلةِ، والحاقِنِ.

وَلَا يتَجَاوَزُ قدرَ الضَّرُورَةِ.

وَينظرُ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجلِ إِلَى مَا سِوى الْعَوْرَةِ، وَقد بُيِّنَتْ فِي الصَّلَاةِ.

(فَصْلٌ فِي النَّظَرِ وَنَحْوِهِ)

من المس والمصافحة وتقبيل اليد.

(ويحرم النظر إلى العورة) من رجل أو امرأة.

(إلا عند الضرورة؛ كالطبيب والخاتن والخافضة).

وفي «المغرب»: الخفض للجارية: كالختن للغلام، وجارية مخضوضة؛ أي: مختونة.

(والقابلة)؛ أي: المرأة التي تقطع سرة الولد عند الولادة؛ فإنهما لو نظرا عند الخفض والقطع والولادة فرج المرأة.. تجوز للضرورة.

(والحاقن)؛ أي: من يستعمل الحقنة؛ فإنه لو نظر إلى دبر الرجل عند الحقنة.. تجوز للضرورة.

(ولا يتجاوز قدر الضرورة)؛ لأن ما ثبت بالضرورة لا يتجاوز محلها.

(وينظر الرجل من) عضو (الرجل إلى ما سوى العورة)، وهي: ما تحت سرته إلى تحت الركبة، فالركبة: عورة لا السرة.

لكن حكم العورة في الركبة: أخف منه في الفخذ، وفي الفخذ: أخف منه في الفرج.

(وقد بينت في الصلاة) وبيناه ثمة أيضاً.

وَتنظرُ الْمَرْأَةُ مِنَ الْمَرْأَةِ وَالرَّجُلِ إِلَى مَا ينظرُ الرَّجلُ مِنَ الرَّجلِ إِنْ أَمِنَتِ الشَّهْوَةُ.

وَينظرُ إِلَى جَمِيعِ بدنِ زَوجتِهِ وَأَمَتِهِ الَّتِي يحلُّ لَهُ وَطْؤُهَا.

وَمِن مَحَارمِهِ وَأمةِ غَيرِهِ إِلَى: الْوَجْهِ، وَالرَّأْسِ، والصَّدرِ، والسَّاقِ، والعَضُدِ.

وَلَا بَأْسَ بمسِّهِ بِشَرْطِ أَمْنِ الشَّهْوَةِ فِي النّظَرِ والمَسِّ.

(وتنظر المرأة) حرة أو أمة مسلمة أو كافرة كما في «القهستاني» **(من)** عضو **(المرأة)** حرة أو أمة مسلمة أو كافرة كما سبق.

(و) من عضو **(الرجل إلى ما ينظر الرجل من)** عضو **(الرجل)**؛ أعني: ما تحت السرة إلى ما تحت الركبة.

لكنه **(إن أمنت)** المرأة الناظرة **(الشهوة)**؛ لأن ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال، وإلا.. فلا يجوز النظر.

(وينظر)؛ الرجل **(إلى جميع بدن زوجته وأمته التي يحل له وطؤها)**؛ لقوله ﷺ: «غض بصرك، إلا عن أمتك وامرأتك» قيد، لا من يحل الوطء؛ لأنها إذا لزمت عليه كالأمة المجوسية أو المشركة أو كانت أمه أو أخته من الرضاع أو أم امرأته أو بنتها.. فلا يحل له النظر إلى فرجها.

(ومن محارمه)؛ أي: من لا يجوز له نكاحه على التأبيد كان، أو سبباً كالرضاع والمصاهرة **(وأمة غيره: إلى الوجه)** [٦٦١/أ]، **(والرأس، والصدر، والساق، والعضد)**؛ لأن بعض المحارم يدخل بعضها بلا استئذان والمرأة في بيتها في ثياب البذلة عادة؛ فلو حرم النظر إلى هذه المواضع منها.. لأدى إلى الحرج.

(ولا بأس بمسّه)؛ أي: مسّ الرجل عضواً من الأعضاء المذكورة من محارمه ومن أمة غيره، كما لا بأس في النظر إليه، لكنه لا مطلقاً، بل **(بشرط أمن الشهوة في النظر والمسّ)**، وإلا.. فلا يجوز أصلاً.

وَلَا ينظرُ إِلَى: الْبَطنِ وَالظَّهْرِ والفخِذِ وإِنْ أَمِنَ.

وَلَا إِلَى الْحُرَّةِ الْأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ إِنْ أَمِنَ.

وإِلَّا.. فلا يجوزُ لغيرِ الشَّاهِدِ عِنْدَ الْأَدَاءِ وَالْحَاكِمِ عِنْدَ الحُكْمِ.

وَلَا يجوزُ مَسُّ ذَلِكَ وإِنْ أَمِنَ إِن كَانَت شَابَّةً.

وَيجوزُ إِن عجوزاً لَا تُشْتَهى، أَو هُوَ شيخٌ يَأْمَنُ على نَفسِهِ وَعَلَيْهَا.

وَيجوزُ النَّظَرُ والمسُّ مَعَ خوفِ الشَّهْوَةِ عِنْدَ إِرَادَةِ الشِّرَاءِ أَوِ النِّكَاحِ.

(ولا ينظر إلى البطن والظهر والفخذ) من محارمه ومن أمة غيره (وإن) وصلية (أمن)؛ إذ لا ضرورة في كشف هذه الأعضاء، بخلاف الأعضاء السابقة.

(ولا إلى الحرة الأجنبية، إلا إلى الوجه والكفين إن أمن) الشهوة للضرورة في النظر إلى الوجه والكفين؛ لحاجتهما إليه في المعاملة في الأخذ والإعطاء.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يأمن الشهوة (.. فلا يجوز) النظر إلى الوجه والكفين أيضاً (لغير الشاهد عند الأداء، والحاكم عند الحكم)؛ فإنه يجوز للشاهد عند أداء الشهادة أن ينظر إلى وجه المرأة وإن خاف أن يشتهي؛ لضرورة الأداء.

وينبغي: أن يقصد بنظره أداء الشهادة لا قضاء الشهوة.

وكذا: الحاكم يجوز له ذلك عند الحكم لضرورة القضاء، ويقصد به القضاء.

وكذا: الطبيب يجوز له أن ينظر إلى موضع المرض لضرورة الدواء، لا غيره؛ لعدم الضرورة في غيره، ويقصد به الدواء.

(ولا يجوز مسّ ذلك)؛ أي: مس وجه الأجنبية، ولا كفيها (وإن) وصلية (أمن) الشهوة (إن كانت شابة)؛ لوجود المحرم وانعدام الضرورة والبلوى.

(ويجوز) مسّ وجهها وكفيها (إن) كانت (عجوزاً لا تشتهى، أو هو شيخ يأمن على نفسه وعليها)؛ لعدم المحرم أيضاً.

(ويجوز النظر والمس مع خوف الشهوة عند إرادة الشراء أو النكاح)؛ يعني:

وَالْعَبْدُ مَعَ سَيِّدَتِهِ: كَالْأَجْنَبِيِّ.

والمجبوبُ والخَصيُّ: كالفحلِ.

يجوز له النظر والمسّ لكل موضع يجوز له أن ينظر إليه ويمس به؛ كالصدر والساق والذراع والرأس وتقليب شعرها إن أمن الشهوة.

وإلا.. فلا، إلا عند قصد الشراء أو النكاح؛ فإنه حينئذ يجوز له النظر والمس بتلك المواضع وإن لم يأمن الشهوة؛ لضرورة الشراء والنكاح.

ثم جواز المس في شراء الأمة، لا في نكاح الحرة.

(والعبد مع سيدته كالأجنبي)، حتى لا يجوز لها أن تبدي من زينتها إلا ما يجوز أن تبديه للأجنبي.

ولا يحل له أن ينظر من سيدته إلا ما يجوز أن ينظر إليه من الأجنبية.

وقال مالك والشافعي: نظر العبد إلى سيدته كنظر الرجل إلى محارمه [٦٦١/ب].

(والمجبوب)؛ أي: من تقطع آلته، (والخصي)؛ أي: من تقطع خصيته.. (كالفحل).

أما المجبوب؛ فلأنه يسحق فينزل.

قيل: إن كان المجبوب قد جف [ماؤه][1].. لا بأس في اختلاطه مع النساء؛ لوقوع الأمن من الفتنة.

وأما الخصي.. فلقول عايشة رضي الله عنها: الخصاء مثلة، فلا يبيح ما كان حراما قبله.

وقيل: هو أشد الناس جماعاً؛ لأن آلته لا تفتر بالإنزال.

وكذا المخنث في الرديء من الأفعال كالفحل.. فلا يجوز اختلاطه مع النساء؛ لأنه كغيره من الرجال، بل هو من الفساق، فيبعد من النساء.

---

(١) زيادة من «الزيلعي» (٦/٢٠).

وَيُكرهُ للرَّجلِ أَن يُقَبِّلَ الرَّجلَ أَو يعانِقَهُ فِي إِزَارٍ بِلَا قَمِيصٍ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يُكرَهُ.

وَلَا بَأْسَ: بالمُصافَحَةِ، وتقبيلِ يَدِ الْعَالِمِ، أَوِ السُّلْطَانِ العادلِ.

ويعزلُ عَن أَمَتِهِ بِلَا إِذْنِهَا، لَا عَن زَوجتِهِ إِلَّا بِالْإِذْنِ.

وَلَا تُعرَضُ الْأَمةُ إِذا بَلَغَت فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ.

بخلاف من كان مخنثاً لتكسر ولين في أعضائه ولسانه، ولا يشتهي النساء.. فإنه قد رخص له بعض مشايخنا في الاختلاط بالنساء.

(ويكره للرجال أن يقبِّل) من التقبيل (الرجل أو يعانقه في إزار بلا قميص، وعند أبي يوسف: لا يكره).

قيل: إن كان على وجه الشهوة.. يكره، وإن كان على وجه البر والكرامة.. لا يكره.

وقيل: أول من عانق: إبراهيم خليل الله مع الإسكندر في مكة.

(ولا بأس بالمصافحة)؛ لما روي: أن أنساً قال: قلنا لرسول الله: أينحني بعضنا ببعض؟ قال: «لا»، قلنا: أيعانق بعضنا ببعض؟ قال: «لا»؛ قلنا: أيصافح بعضنا ببعض؟ قال: «نعم».

(وتقبيل يد العالم أو السلطان العادل)؛ أي: لا بأس به؛ لأنه تعظيم لمن هو أهل له.

(ويعزل عن أمته بلا إذنها)؛ لقوله ﷺ لمولى الأمة: «اعزل عنها إن شئت».

(لا عن زوجته)؛ لنهيه ﷺ عن العزل عن الحرة (إلا بإذن)، العزل: أن يطأ؛ فإذا قرب إلى الإنزال.. أخرج الآلة ولم ينزل في الفرج.

(ولا تعرض الأمة) على البيع (إذا بلغت) حد الشهوة (في إزار واحد)؛ أي: ما يسترها بين السرة إلى الركبة؛ لأن ظهرها وبطنها عورة لا يجوز كشفها، فلا يعرض على البيع مكشوفاً.

* * *

(فَصْلٌ فِي الِاسْتِبْرَاءِ)

مَن ملكَ أَمَةً بشرَاءٍ أَو غَيرِهِ.. يحرُمُ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا ودواعيهِ، حَتَّى يستبرئَ بِحَيْضَةٍ فِيمَن تحيضُ، وبشهرٍ فِي غَيرهَا.

(فَصْلٌ في الإِسْتِبْرَاءِ)

يقال: استبرأ الجارية، بمعنى: طلب براءة رحمها من الحبل.

واعلم: أن الاستبراء واجب، وله: سبب، وعلة، وحكم.

أما وجوبه: فلقوله ﷺ في سبايا أوطاس: «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحبالى حتى يُستبرأن بحيضة»؛ لأن هذا النهي مع وجود الملك واليد لا يكون إلا للوجوب.

وأما سببه: وهو استحداث الملك، واليد سبب من أسباب الملك.

وأما علته: فهو إرادة الوطء.

وأما حكمه: فهو التعرف عن براءة الرحم؛ صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط، والأنساب عن الاشتباه، وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه بماء محترم بأن لا يكون من بغي.

(**مَنِ ملك أمة بشراء أو غيره**)؛ كهبة أو وصية أو ميراث [٦٦٢/أ] أو بدل خلع أو مهر أو صلح (.. **يحرم عليه وطؤها ودواعيه**)؛ من: المس والقبلة والنظر إلى فرجها بشهوة (**حتى يستبرئ بحيضة فيمن تحيض، وبشهر في غيرها**)؛ من الصغيرة والآيسة والمنقطعة عن الحيض؛ فإن الشهر قائم مقام الحيض في العدة، فكذا في الاستبراء.

فإذا حاضت في أثنائه.. بطل الاستبراء بالأيام؛ لأن القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل.. تبطل حكم البدل؛ كالمعتدة بالشهر إذا حاضت.

وَفِي مُرْتَفِعَةِ الْحيضِ لَا بِإِياسٍ: بِثَلَاثَةِ أشهرٍ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ بِأَرْبعَةِ أشهرٍ وَعشرٍ.

وَفِي رِوَايَةٍ بِنِصْفِهَا.

وَفِي الْحَامِلِ بِوَضْعِهِ.

وَلَو كَانَت بكراً أَو مشرية مِنِ امْرَأَةٍ أَو مَالِ طِفْلٍ أَو مِمَّن يحرُمُ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا.

وَيسْتَحبُّ الِاسْتِبْرَاءُ لِلْبَائِعِ، وَلَا يجبُ عَلَيْهِ.

(**وفي مرتفعة الحيض لا بإياس**)؛ بأن صارت ممتدة الطهر، وهي ممن تحيض: (**بثلاثة أشهر**.

وعند محمد: بأربعة أشهر وعشر) أيام.

(**وفي رواية**) عن محمد: (**بنصفها**)؛ أي: شهران وخمسة أيام.

وقيل: بتركها حتى تبين أنها ليست بحامل.

(**وفي الحامل: بوضعه**)؛ أي: الحمل (**ولو**) وصلية (**كانت**)؛ أي: من ملك أمة يحرم عليه وطؤها حتى يستبرئ، ولو كانت تلك الأمة (**بكراً أو مشرية من امرأة، أو مال طفل**)؛ بأن باعها أبوه أو وصيه، أو اشتراها من مال ولده الصغير.

(**أو ممن يحرم عليه وطؤها**)؛ لوجود السبب، وهو استحداث الملك واليد.

وتحقق العلم بعدم وطء المولى: مما لا أثر له فيه؛ لأن الأحكام تدور على الأسباب.

وصورة الأخير: فيمن ورث الأمة وهي موطوءة أبيه أو أخته رضاعاً.

(**ويستحب الاستبراء للبائع، ولا يجب عليه**)؛ يعني: إذا أراد المولى أن يبيع أمته وقد كان يطؤها.. يستحب له أن يستبرئها قبل البيع بحيضة، وليس ذلك بواجب عليه؛ كذا في «الحاوي القدسي».

وَلَا تَكْفِي حَيْضَةٌ مَلَكَهَا فِيهَا، وَلَا الَّتِي قبلَ الْقَبْضِ، أَو قبلَ الْإِجَازَةِ فِي بيعِ الْفُضُولِيِّ.

وَكَذَا: الْولادَةُ.

وقال في «قاضي خان»: من أراد أن يشتري جارية ولا يلزمه الاستبراء.. فالحيلة: أن يزوجها البائع من رجل يثق به، ثم يبيعها من المشتري، فيقبضها المشتري، ثم يطلقها زوجها.

ويستحب للبائع أن يستبرئها قبل أن يزوجها. انتهى.

فعلى هذا: المناسب أن يذكر هذه المسألة في بيان الحيلة.

(ولا تكفي) في الاستبراء: (حيضة ملكها)؛ أي: الأمة (فيها)؛ أي: في تلك الحيضة يعني في أثنائها.

(ولا) الحيضة (التي) رأتها (قبل القبض) بعد استحداث الملك بالشراء أو غيره من أسباب الملك؛ من الهبة والوصية والإرث.

خلافاً لأبي يوسف فيهما؛ فإنه قال: يكفي كل من هاتين الحيضتين؛ لحصول المقصود بهما، وهو تعرف براءة الرحم.

قلنا: الواجب عليه هو الحيضة، وهو اسم للكاملة، وهي في الأولى: لم تكمل بعد استحداث الملك، بل وجد بعضها [٦٦٢/ب] بعده.

وفي الثانية: وجدت الحيضة قبل أن تجب عليه باستحداث الملك.

(أو قبل الإجازة في بيع الفضولي)؛ يعني: باع الفضولي أمة رجل من رجل، فحاضت الأمة بعد البيع قبل إجازة المولى البيع.. لا تكفي تلك الحيضة في الاستبراء؛ سواء كان المشتري قبضها أو لم يقبضها، بل لا بد له من الحيضة بعد الإجازة والقبض.

(وكذا الولادة)؛ أي: لا تكفي الولادة الحاصلة بعد وجود أسباب الملك من البيع والهبة وغيرهما قبل القبض؛ لتحقق تلك الولادة قبل تمام السبب؛ فإن السبب

وتكفي حَيْضَةٌ وُجِدَت بعدَ الْقَبْضِ وهي مَجُوسِيَّةٌ فَأسْلمت.

وَيجبُ عِنْدَ تملُّكِ نصيبِ شَرِيكِهِ.

لَا عندَ عَودِ الآبقَةِ، وردِّ الْمَغْصُوبَةِ، والمستأجرَةِ، وَفكِّ الْمَرْهُونَةِ.

- وهو: استحداث الملك - إنما يتم بالقبض.

وفيه خلاف أبي يوسف أيضاً.

(وتكفي حيضة وجدت بعد القبض، وهي)؛ أي: الأمة (مجوسية فأسلمت)؛ لأن تلك الحيضة وجدت بعد السبب - وهو استحداث الملك - مع اليد، فتكفي من الاستبراء.

وكذا: لو اشترى أمة مسلمة، ثم كاتبها وحاضت هي في أثناء الكتابة، ثم عجزت عن الكتابة.. تكفي تلك الحيضة عن الاستبراء؛ لوجودها بعد السبب.

بخلاف الحيضة الحاصلة بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتري صحيحاً.. فإنها لا تكفي.

(ويجب) الاستبراء (عند تملك نصيب شريكه) من جارية مشتركة بينهما؛ لأن السبب قد تم في ذلك الوقت، والحكم يضاف إلى تمام العلة، وهو آخر الأوصاف.

(لا) يجب (عند عود الآبقة، ورد المغصوبة، والمستأجرة، وفك المرهونة)؛ لانعدام السبب في كل من هذه الصور الأربع وهو استحداث الملك مع اليد، وهو سبب متعين ههنا فأدير الحكم عليه وجوداً وعدماً، كذا في «الهداية».

وفسر الآبقة في «العناية»: بالتي أبقت في دار الإسلام، ثم رجعت إلى مولاها؛ فإن أبقت إلى دار الحرب، ثم عادت إليه بوجه من الوجوه.. فكذلك الحال عند أبي حنيفة؛ لأنهم لم يملكوها، فلم يحدث الملك.

وعندهما: يجب عليه الاستبراء؛ لأنهم ملكوا عندهما.

ولو أقال البيع قبل قبض المشتري.. لا يجب على البائع الاستبراء.

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: على البائع الاستبراء؛ لأنها زالت عن ملكه بالبيع،

وَلَا تكرَهُ الْحِيلَةُ لِإسقاطِهِ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وَأخذنا بِالْأَوَّلِ إِنْ عُلِمَ عدمُ الْوَطْءِ مِنَ الْمَالِكِ الأَوَّلِ، وَبِالثَّانِي إِنِ احْتَمَلَ.

والآن ملكها، ثم رجع عنه وقال: لا يجب، وهو قولهما؛ لأن الإقالة فسخ من الأصل، فصار كأنه لم يكن.

ولو اشترى من عبده المأذون له في التجارة أمة قد حاضت عنده؛ إن لم يكن على العبد دين.. تكفي تلك الحيضة عن الاستبراء؛ لأنها كانت في ملكه ويده؛ لأنها دخلت في ملك المولى ويده وقت الشراء [٦٦٣/أ].

وإن كان عليه دين مستغرق.. فكذا عندهما.

وعند أبي حنيفة: لا يعتد بتلك الحيضة.

ولو باع جارية على أنه بالخيار وقبضها المشتري، ثم أبطل البيع في مدة الخيار.. لا يجب الاستبراء؛ لعدم خروجها عن ملكه.

بخلاف ما لو باعها بيعاً فاسداً وسلمها إلى المشتري، ثم استردها بقضاء أو رضاء.. كان عليه الاستبراء.

ولو باع أم ولده أو مدبرته وقبضها المشتري، ثم استردها.. لا يجب عليه الاستبراء إن كان المشتري لم يطأها، وإن كان وطئها.. فعليه الاستبراء.

فلو زوجها بعد الاستبراء وطلقها الزوج قبل الدخول.. لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية.

ولو زوجها قبل الاستبراء وطلقها الزوج قبل الدخول.. فالمختار: أنه يجب.

(**ولا تكره الحيلة لإسقاطه**)؛ أي: الاستبراء (**عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد**)، والوجه ما تقدم في الشفعة.

(**وأخذنا بالأول**)؛ أي: بقول أبي يوسف (**إن علم عدم الوطء من المالك الأول**)؛ أي: في الطهر الذي يوجد فيه سبب الملك.

(و) أخذنا (**بالثاني**)؛ أي: بقول محمد (**إن احتمل**) وطء المالك الأول في الطهر

وَالْحِيلَةُ إِنْ لَم تَكُن تَحْتَهُ حرَّةٌ: أَنْ يَتَزَوَّجهَا، ثُمَّ يَشْتَرِيَهَا.

وإِنْ كَانَت تَحْتَهُ حرَّةٌ: أَنْ يُزَوّجهَا البَائِعُ قبلَ البيعِ، أَوِ المُشْتَرِي بعدَ البيعِ قبلَ الْقَبْضِ، ثمَّ يُطلقُ الزَّوْجُ بعدَ الشِّرَاءِ وَالْقَبْضِ، أَوِ الْقَبْضِ.

الذي وجد فيه السبب.

(**والحيلة إن لم تكن تحته**)؛ أي: تحت المشتري (**حرة**)؛ لأنه لو كان تحته حرة.. لا تتمشى هذه الحيلة؛ لعدم جواز نكاح الأمة على الحرة: (**أن يتزوجها**)؛ أي: يتزوجُ تلك الأمة مَن يريد شراءها، (**ثم يشتريها**)، هكذا أطلقه في بعض الكتب.

ولا بد أن يقيد الشراء بكونها بعد قبض الأمة بعد التزوج؛ لما ذكره في «قاضي خان» في بيان هذه الحيلة: أنه إذا أراد أن يشتري الجارية.. يتزوجها المشتري قبل الشراء إذا لم يكن في نكاحه حرة، ثم يسلمها إليه المولى، ثم يشتري منه.. فلا يجب عليه الاستبراء، وإنما شرط تسليم الجارية إليه قبل الشراء؛ كي لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح بحكم الشراء.

وقال الإمام ظهير الدين: عندي: يشترط أن يدخل بها بحكم النكاح قبل الشراء؛ لأن ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقاً على الشراء؛ ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين؛ فإذا كان فساد النكاح سابقاً على الشراء.. لم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة.

أما إذا دخل بها قبل الشراء؛ فإذا فسد النكاح.. تصير معتدة قبل الشراء، فلا يلزم الاستبراء. انتهى ما ذكره «قاضي خان».

(**وإن كانت تحته حرة**).. فالحيلة: (**أن يزوجها البائع قبل البيع، أو**) يزوجها (**المشتري بعد البيع قبل القبض**)؛ أي: ممن يوثق به في التطليق [٦٦٣/ب]، (**ثم يطلق الزوج بعد الشراء والقبض**) إن زوجها البائع، (**أو**) بعد (**القبض**) إن زوجها المشتري قبل القبض، لأنه عند وجوب السبب - وهو: استحداث الملك المؤكد بالقبض - إذا لم يكن فرجها حلالاً له؛ لكونها منكوحة الغير.. لا يجب عليه الاستبراء وإن حل

وَمَن ملكَ أَمتَينِ لَا يَجْتَمِعَانِ نِكَاحاً.. فَلَهُ وطءُ إِحْدَاهُمَا فَقَط ودواعيهِ.

بعد ذلك؛ لأن المعتبر أوان وجود السبب؛ كما إذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة، هكذا ذكره في «الهداية» و«الزيلعي».

وقال في «قاضي خان» في بيان هذه الحيلة: ويشترط أن يكون طلاق الزوج بعد قبض المشتري؛ فإن طلقها قبل القبض.. كان على المشتري أن يستبرئها إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد؛ لأنه إذا طلقها قبل القبض؛ فإذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد.. فيصير كأنه استبرأها في هذه الحالة، وهي ليست في نكاح ولا عدة، فيلزم الاستبراء. انتهى.

وإنما قيدنا الزوج بمن يوثق به؛ لأنه إذا لم يوثق به.. ربما لا يطلقها، فكان احتيالاً عليه.. فالحيلة في تمشية هذه الحيلة: أن يزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء.

ومعنى كون أمرها في يده في التطليق: ما ذكره الإمام «قاضي خان» في فصل النكاح على الشرط: إذا زوج المولى أمته من عبده، وابتدأ المولى فقال: زوجتك هذه على أن أمرها بيدي، فقال العبد: قبلت.. جاز النكاح، ويكون الأمر بيد المولى في التطليق.

وقال في «قاضي خان» أيضاً نقلاً عن أبي الليث: إذا ابتدأت المرأة فقالت: زوجت نفسي منك على أني طالق، أو على أن يكون الأمر بيدي أطلق نفسي متى شئت، فقال الزوج قبلت.. جاز النكاح، ويقع الطلاق، ويكون الأمر بيدها، على ما بينه ثمة، فارجع إليه.

فالحيلة في تمشية الحيلة المذكورة: على وجهين:

أحدهما: كون المولى مخيراً في تطليقها.

والثاني: كون الأمة مخيرة فيه.

(ومن ملك أمتين لا يجتمعان نكاحاً) كالأختين، أو البنت وأمها نسباً أو رضاعاً (.. فله وطء إحداهما قط ودواعيه)؛ كالقبلة والمس والنظر بشهوة.

فإِنْ وطِئَهما أَو فعلَ بهما شَيْئاً مِنَ الدَّوَاعِي.. حَرُمَ عَلَيْهِ وطءُ كلٍّ مِنْهُمَا ودواعيهِ حَتَّى يُحَرِّمَ إحداهما.

(فإن وطئهما أو فعل بهما شيئاً من الدواعي.. حرم عليه وطء كل منهما ودواعيه، حتى يحرِّم) من التحريم (إحداهما):

بملك؛ أي: بأن يملكها من الغير بالبيع أو الهبة ونحوهما.

أو نكاح، أو عتق، أو كتابة، قال في «الزيلعي»: تمليك البعض من إحداهما: كتمليك الكل، وكذا إعتاق البعض: كإعتاق الكل.

أما عندهما: فظاهر.

وأما عند أبي حنيفة: فلأنه وإن كان لا يتجزأ.. لكنه يحرم به الفرج؛ لأن معتق البعض كالمكاتب [٦٦٤/أ] عنده، وكتابة إحداهما كإعتاقها في تحريم فرجها.

وأما لو رهن إحداهما أو أجر إحداهما، أو دبر.. فلا تحل له الأخرى؛ لأن فرجها لا يحرم بهذه الأسباب.

والمراد بالنكاح: النكاح الصحيح، على ما يشعر به إطلاقه؛ لأنه إذا زوج إحداهما بالنكاح الفاسد.. لا تحل له الأخرى؛ لأن فرجها لا يحرم عليه بالنكاح الفاسد، فلا يباح له وطء الأخرى، إلا أن يدخل الزوج بها في النكاح الفاسد؛ لأنه حينئذ تجب العدة عليها، والعدة: كالنكاح الصحيح في التحريم.

وهل يلزم عليه الاستبراء بعد تحريم إحداهما بهذه الأسباب؟

فقال في «شرح النقاية»: المستحب أن يمس الأخرى بعد تحريم إحداهما حتى تمضي حيضته على المحرمة بالإخراج عن ملكه بهذه الأسباب.

وهذا أحد أنواع الاستبراء المستحب، وله أنواع أخر؛ منها: ما إذا أراد أن يبيع جاريته، ومنها: ما إذا أراد تزوجها، ومنها: ما إذا تزوجها.

* * *

(فَصْلٌ فِي البَيْعِ)

وَيُكرهُ بيعُ الْعَذِرَةِ خَالِصَةً.

وَجَازَ لَو مخلوطةً فِي الصَّحِيحِ.

وَجَازَ بيعُ السِّرقينِ.

(فَصْلٌ فِي البَيْعِ)

(**ويكره بيع العَذِرَة**) بفتح العين وكسر الذال؛ أي: الغائط.

وكذا: بيع كل ما انفصل عن الآدمي؛ كالشعر والظفر.. فإنه جزء الآدمي انفصل منه، ولذا وجب دفنه، على ما في «شرح النقاية» نقلاً عن التمرتاشي وغيره.

والمراد بالكراهة: البطلان، على ما في «شرح النقاية» أيضاً.

(**خالصة**) عن التراب؛ لأنها نجسة العين.

وعن أبي حنيفة: يجوز الانتفاع بها خالصة أيضاً.

(**وجاز**) بيعها (**لو مخلوطة**) بالتراب، وذلك بأن يحمل إليها التراب أو الرماد، دون العكس؛ فإن حمل النجس ممنوع.

(**في الصحيح**)، احترز به عما نقل عن «المحيط»: أنه إنما يصح بيع المخلوط لو كان ما خلط فيه من التراب وغيره غالباً، وإلا.. فلا، والصحيح: أنه صحيح غالباً أو مغلوباً.

(**وجاز بيع السرقين**)، وقال الشافعي: لا يجوز؛ كبيع العذرة.

قلنا: إنه مما ينتفع به في عموم البلد؛ لاستكثار الريع وإن كان نجساً، بخلاف العذرة؛ فإنه لم تجر العادة بالانتفاع بخالصها.

وكذا بيع ما انفصل من غير الآدمي كما في «الكفاية».

ويكره بيع طين الأكل وخاتم الحديد والصفر ونحوه، كما في «القنية».

وَالِانْتِفَاعُ كَالْبيعِ.

وَمَن رأَى جَارِيَةَ رجلٍ مَعَ آخرَ يَبِيعُهَا قَائِلاً: وكَّلني صَاحِبُهَا به، أَو اشْتَرَيْتُهَا مِنْهُ، أَو وَهبهَا لي، أَو تصدَّقَ بهَا عَليّ، وَوَقع فِي قلبِهِ صِدْقُهُ.. حلَّ لَهُ شراؤُها مِنْهُ ووطؤُها.

وَيجوزُ بيعُ بِنَاءِ مَكَّةَ.

وَيكرَهُ بيعُ أَرْضِهَا وإِجارتُها.

خلافاً لَهما.

وقولُهما رِوَايَةٌ عَنِ الإِمَامِ.

(**والانتفاع: كالبيع**) فما جاز بيعه.. جاز الانتفاع بعينه أيضاً بسائر الوجوه، وما لا.. فلا.

(**ومن رأى جارية رجل مع آخر يبيعها قائلاً: وكلني صاحبها به، أو اشتريتها منه، أو وهبها لي، أو تصدق بها علي، ووقع في قلبه صدقه.. حل له شراؤها منه ووطؤها**)؛ لأنه أخبر بخبر صحيح [٦٦٤/ب] لا منازعة له فيه، وقول الواحد في المعاملات: مقبول بشرط أن يكون مميزاً.

(**ويجوز بيع بناء مكة**) بالإجماع؛ لأنه ملك بانيها؛ كمن بنى على أرض الوقف بإذن المتولي.. جاز بيعه.

(**ويكره بيع أرضها وإجارتها**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما، وقولهما رواية عن الإمام**).

لهما: أن أرضها مملوكة؛ لظهور الاختصاص الشرعي بها كبنائها.

ولأبي حنيفة: قوله ﷺ: «مكة حرام، لا تباع رباعها، ولا تورث» ولأنها حرة معتبرة؛ لأنها فناء الكعبة، وقد ظهر أثر التعظيم فيها، حتى لا ينفر صيدها، ولا يختلى خلاها، ولا يعضد شوكها، فكذا: في حق البيع.

وَيُكْرَهُ الاحتكارُ فِي أَقواتِ الْآدَمِيّينَ والبهائِمِ بِبَلَدٍ يضرُّ بأَهْلِهِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: فِي كلِّ مَا يضرُّ احتكارُهُ بالعامَّةِ وَلَو ذَهَباً أَو فضَّةً أَو ثوباً.

بخلاف البناء؛ لأنه خالص ملك الباني.

وله أيضاً: قوله ﷺ: «إن أجر أرض مكة.. فكأنما أكل الربا».

(ويكره الاحتكار)؛ أي: احتباس الطعام لإرادة الغلاء في الثمن.

(في أقوات) جمع قوت، وهو: ما يؤكل ليمسك الرمق. كذا في «المصباح».

(الآدميين والبهائم ببلد يضر) الاحتكار (بأهله)؛ بأن كان البلد صغيراً.

بخلاف ما إذا لم يضر بأهله؛ بأن كان البلد كبيراً.. فإنه لم يكره؛ لأنه حابس ملك نفسه من غير إضرار بأهله.

والأصل في هذا: قوله ﷺ: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون»، ولأنه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع: إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم، فيكره.

وتلقي الجلب: على هذا التفصيل أيضاً، على ما تقدم قبيل باب الإقالة من كتاب البيع.

ثم تخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت[1]: قول أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف:) يكره الاحتكار (في كل ما يضر احتكاره بالعامة)؛ أي: عامة البلد.

(ولو ذهباً أو فضة أو ثوباً)؛ اعتباراً بحقيقة الضرر؛ لأنه هو المؤثر في الكراهة.

---

(١) القَتُّ: قال في «المصباح» نقلاً عن الأزهري: القتُّ: حبٌّ بريٌّ لا ينبه الآدمي؛ فإذا كان عام قحط وفقد أهل البادية ما يقتاتون به من لبن وتمر ونحوه.. دقُّوه وطبخوه واجترؤوا به، على ما فيه من الخشونة.

وَإِذا رُفِعَ إِلَى الْحَاكِمِ حَالُ المحتَكِرِ.. أَمَرهُ بِبيعِ مَا يفضلُ عَن حَاجتِهِ.

فَإِنِ امْتنعَ.. بَاعَ عَلَيْهِ.

وَلَا احتكارَ فِي غلَّةِ ضيعتِهِ وَلَا فِيمَا جَلَبَهُ من بلدٍ آخرَ.

وقالا: المعتبر: الضرر المتعارف المعهود.

قالوا: لا احتكار إذا قصرت المدة؛ لعدم الضرر فيه.

وإذا طالت المدة.. يكون احتكاراً؛ لتحقق الضرر فيه.

ثم اختلفوا في حد المدة:

قيل: إنها مقدرة بأربعين يوماً؛ لقوله ﷺ: «من احتكر طعاماً أربعين ليلة.. فقد برئ من الله تعالى، وبرئ الله منه».

وقيل: مقدرة بالشهر؛ لأن ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه: آجل.

ويقع التفاوت في المأثم: بين أن يتربص العِزّة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله.

وقيل: تقدير المدة: للمعاقبة في الدنيا، وأما الإثم.. فيحصل بمجرد الاحتكار وإن قلت المدة.

والحاصل: أن التجارة في الطعام غير محمودة، كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

(وإذا رفع إلى الحاكم حال المحتكر.. أمره) الحاكم (ببيع ما [٦٦٥/أ] يفضل عن حاجته)؛ أي: حاجة المحتكر.

(فإن امتنع) المحتكر عن البيع (.. باع) الحاكم (عليه)؛ أي: على المحتكر؛ دفعاً لضرر العامة.

(ولا احتكار في غلة ضيعته)؛ أي: أرضه لأنه خالص حقه، لم يتعلق به حتى العامة، ألا ترى: أن له أن لا يزرع.. فكذلك له أن لا يبيع.

(ولا فيما جلبه من بلد آخر)؛ لعدم تعلق حق العامة به؛ لأن حق العامة إنما

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يُكرَهُ.

وَكَذَا: عِنْدَ محمَّدٍ إِنْ كَانَ يُجلَبُ مِنْهُ إِلَى الْمصرِ عَادَةً وَهُوَ الْمُخْتَارُ.

وَيجوزُ بيعُ الْعصيرِ مِمَّن يَتَّخِذُهُ خَمراً.

وَلَو بَاعَ مُسلمٌ خمراً وأَوفى دينَهُ مِن ثمنِهَا.. كُرِهَ لربِّ الدَّينِ أَخذُهُ.

يتعلق بما جمع في المصر أو جلب إلى فنائها، هذا عند أبي حنيفة.

(وعند أبي يوسف: يكره) الاحتكار فيما جلبه من بلد آخر؛ لإطلاق ما روينا في الاحتكار.

(وكذا)؛ أي: يكره احتكار ما جلبه من بلد آخر **(عند محمد إن كان يجلب منه إلى المصر عادة، وهو المختار)**؛ لأن حق العامة تعلق به ؛ لأنه بمنزلة فناء المصر للعادة، ألا ترى: أنه كان ينقل إليه لو لم يأخذه هو.

بخلاف ما إذا نقله من بلد بعيد لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر؛ لأنه لم يتعلق به حقهم، ألا ترى: أنه لو لم يأخذه لم ينقل إليهم، فصار كغلة ضيعته.

(ويجوز بيع العصير ممن يتخذه خمراً)؛ لأن المعصية لا تقوم بعينه، بل بعد تغيره.

بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة؛ لأن المعصية تقوم بعينه، فيكون إعانة لهم وتسبيباً، وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية، ولأن العصير يصلح لأشياء كثيرة كلها جائزة شرعاً، فيكون الفساد إلى اختياره، هكذا أطلقه في «الهداية» و«الزيلعي».

وقال في «شرح النقاية»: جواز بيع العصير ممن يتخذه خمراً: قول أبي حنيفة.

وقالا: لا يجوز.

ثم قال: وقيل: إنما لا يكره عند أبي حنيفة إذا باعه من ذمي بثمن لا يشتريه مسلم بذلك الثمن، وإلا.. فمكروه بالاتفاق، كما في «الخانية» وغيره.

(ولو باع مسلم خمراً وأوفى دينه من ثمنها.. كره لرب الدين أخذه) إن كان المديون مسلماً.

وإِنْ كَانَ الْمَدْيُونُ ذِمِّياً.. لَا يُكرَهُ.

وَيُكرَهُ التَّسعيرُ ....

(وإن كان المديون ذمياً.. لا يكره).

والفرق: أن البيع في الوجه الأول قد بطل؛ لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم، فبقي الثمن على ملك المشتري.. فلا يحل أخذه من البائع.

وفي الوجه الثاني: صح البيع؛ لأنه مال متقوم في حق الذمي، فيملكه البائع.. فيحل الأخذ منه، كذا في «الهداية».

وقال في «النهاية» عن محمد: هذا إن كان القضاء والاقتضاء بالتراضي؛ أما إذا كان بقضاء القاضي؛ بأن قضي عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر.. يطيب له ذلك بقضائه.

واستشكله الشارح «الزيلعي» بأنه مال الغير، فكيف يطيب له بالقضاء؟ ومحمد لا يرى نفوذ القضاء باطناً، وإنما ينفذ ظاهراً فقط.

وعلى هذا: إذا مات مسلم وترك ثمن خمر باعها.. لا يحل [٦٦٥/ب] لورثته أن يأخذوا ذلك؛ لأنه كالمغصوب.

وقال في «النهاية»: قال بعض مشايخنا: كسب المغنية كالمغصوب، لم يحل أخذه.

وعلى هذا: قالوا: لو مات رجل وكسبه من بيع الباذق[1] أو الظلم أو أخذ الرشوة.. يتورع الورثة، ولا يأخذون منه شيئاً، وهو أولى بهم، ويردونها على أربابها إن عرفوهم، وإلا.. تصدقوا بها؛ لأن سبيل الكسب الخبيث: التصدق إذا تعذر الرد على صاحبه.

(ويكره التسعير)؛ أي: تسعير السلطان أو نائبه؛ لقوله ﷺ: «لا تسعروا؛ فإن الله هو المسعر، القابض الباسط»، ولأن الثمن حق البائع، فكان إليه تقديره.. فلا ينبغي

(١) الباذق: من عصير العنب: ما طبخ أدنى طبخة فصار شديداً. «المصباح».

إِلّا إِذا تعدَّى أَرْبَابُ الطَّعَامِ فِي الْقيمَة تَعَدِّياً فَاحِشاً؛ فَلَا بَأْسَ بِهِ بمشورةِ أَهلِ الْخِبْرَةِ.

للإمام ولا لنائبه: أن يتعرض لحقه.

(إلا إذا تعدى أرباب الطعام في القيمة تعدياً فاحشاً.. فلا بأس به بمشورة أهل الخبرة)؛ لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع.

فإذا فعل الإمام ذلك فتعدى رجل عن ذلك، فباعه بثمن فوق ما قدره الإمام أو القاضي.. أجازه القاضي، ولا يمنعه عنه؛ لأن الثمن حقه.

قالوا: وهذا لا يشكل على قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ، وكذا عندهما، إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم.

ومن باع منهم بما قدره الإمام.. جاز بلا كراهة؛ لأنه غير مكره على البيع، وإنما باع برضاه، كذا في «الهداية».

وقال في «الزيلعي» نقلاً عن «المحيط» و«الاختيار»: إنَّ البائع إذا كان يخاف أنه إن نقص عما قدره الإمام يضربه الإمام.. لا يحل للمشتري ذلك؛ لأنه في معنى المكره.

والحيلة فيه: أن يقول: بعني بما تحب.. فحينئذٍ بأي شيء باعه.. يحل.

ولو اصطلح أهل بلد على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما بينهم، فاشترى رجل منهم خبزاً بدرهم أو لحماً، فأعطاه البائع ناقصاً والمشتري لا يعرف ذلك.. كان له أن يرجع بالنقصان إذا عرف؛ لأن المعروف كالمشروط.

وإن كان المشتري من غير أهل تلك البلد.. كان له أن يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم؛ لأن سعر الخبز يظهر عادة في البلدان، وسعر اللحم لا يظهر إلا نادراً، فيكون شارطاً في الخبز مقداراً معيناً باعتبار العرف، وفي اللحم: لا.

وَيجوزُ شِرَاءُ مَا لَا بُدَّ للطِّفلِ مِنْهُ، وَبيعُهُ لِأَخِيهِ وَعَمِّهِ وَأُمِّهِ ومُلتَقطِهِ؛ إِنْ هُوَ فِي حِجْرِهِم.

وتُؤجِّرُهُ أُمُّهُ فَقَط.

(ويجوز شراء ما لا بد للطفل منه) كالنفقة والكسوة (وبيعه)؛ أي: يجوز بيع ما لا بدَّ للطفل من بيعه (لأخيه) الجار متعلق بيجوز، والضمير راجع إلى الطفل، وكذا الضمير في قوله: (وعمه وأمه وملتقطه إن كان هو)؛ أي: الطفل (في حجرهم).

قال في «الهداية»: وأصل هذا: أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة:

نوع هو من باب الولاية لا يملكه إلا من هو ولي له؛ كالإنكاح [٦٦٦/أ] والبيع والشراء لأموال الغنية؛ لأن الولي هو الذي قام مقامه بإنابة الشرع.

ونوع آخر، ما كان من ضرورة حال الصغار، وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه وإجارة الأظآر، وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه؛ كالأخ والعم والأم والملتقط، إذا كان في حجرهم.

وإذا ملك هؤلاء هذا النوع من التصرف.. فالولي أولى به، إلا أنه لا يشترط في حق الولي: أن يكون الصبي في حجره.

ونوع ثالث، ما هو نفع محض؛ كقبول الهبة والصدقة والقبض، فهذا يملكه الملتقط والأخ والعم والصبي بنفسه أيضاً إذا كان يعقل؛ لأن اللائق بالحكمة: فتح باب مثله؛ نظراً للصبي، فيملكه بالعقد.

وههنا نوع رابع لم يذكره صاحب «الهداية»، وذكره في «الزيلعي» وغيره، وهو: ما كان ضرراً محضاً للطفل؛ كالطلاق والعتاق، ولا يملكه أحد بمثل هذا على الصغير.

وما ذكره المصنف: هو النوع الثاني مما ذكره صاحب «الهداية»، إلا أن المصنف لم يذكر الولي فيه، بل ذكر من يشترط فيه كون الطفل في حجرهم من أرباب هذا النوع.

(وتؤجره)؛ أي: الطفل (أمه فقط)؛ أي: إذا كان في حجرها.

يعني: لا يؤجر الطفل من المذكورين: أخوه، ولا عمه، ولا ملتقطه، إلا أمه إذا كان في حجرها؛ لأن الأم تملك إتلاف منافعه باستخدامه، فكذا تملك إيجاره، ولا كذلك الملتقط والأخ والعم.

ولو أجر الصبي نفسه.. لا يجوز؛ لأنه مشوب بالضرر، إلا إذا فرغ من العمل؛ لأنه عند الفراغ من العمل: تمحض نفعاً.. فيجب المسمى، وهو نظير العبد المحجور لو أجر نفسه.

قال في «الزيلعي»: والأقرب: أن الملتقط يجوز أن يؤاجر الطفل ويسلمه في صناعة؛ لأنه نفع محض للصغير، على ما هو رواية الملتقط، فعلم منه: أنه يجوز للأخ والعم ذلك كذلك.

* * *

(فَصْلٌ فِي المُتَفَرِّقَاتِ)

تجوزُ الْمُسَابقَةُ بِالسِّهَامِ، وَالْخَيْلِ، وَالْحمير، وَالْإِبِلِ، والأَقدامِ.

فإِن شُرِطَ فِيهَا جُعْلٌ مِن أَحدِ الْجَانِبَيْنِ، أَو من ثَالِثٍ لأَسبقِهما..

جَازَ وإِنْ شُرِطَ مِنَ كلا الْجَانِبَيْنِ.. يحرُمُ، إِلّا أَنْ يكونَ بَينَهمَا مُحَلِّلٌ كفيٌّ لَهما؛ إِنْ سبقَهما.. أَخذ مِنْهُمَا، وإِنْ سبقَاهُ لَا يُعطيهما، ....

(فَصْلٌ فِي المُتَفَرِّقَاتِ)

(**تجوز المسابقة بالسهام، والخيل، والحمير، والبغال، والإبل، والأقدام**)؛ لأنها من أسباب الجهاد، ويحتاج إليها في إقامة هذه الفريضة.

(**فإن شرط فيها جُعل**) بضم الجيم (**من أحد الجانبين**)؛ بأن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقتني فلك كذا، وإن سبقتك فلا شيء (**أو من ثالث**)؛ بأن يقولا للثالث: إن سبقتنا فلك كذا، وإن سبقناك فلا شيء (**لأسبقهما**) متعلق بشرط (.. **جاز**)؛ لما فيه من التحريض على أسباب الجهاد.

(**وإن شرط**) الجعل (**من كلا الجانبين.. يحرم**)؛ لكونه قماراً.

(**إلا أن يكون بينهما محلِّل كفيٌّ لهما**) بتشديد الياء، على وزن فعيل، بمعنى: النظير [٦٦٦/ب]؛ أي: إلَّا أن يكون بينهما ثالث محلل بفرس نظير لفرسيهما يتوهم أنه يسبقهما، وإنما قيد بالكفي؛ لأن الفرس المحلل لو لم يكن مثلهما.. لم يجز؛ لأنه لا فائدة في إدخاله بينهما، ولم يخرج من أن يكون قماراً، كذا في «شرح المجمع».

(**إن سبقهما**)؛ أي: إن سبق الفرس المحلل الكفي فرسيهما (.. **أخذ**) المحلل الجعل (**منهما**).

(**وإن سبقاه**)؛ أي: إن سبقا المحلل (.. **لا يعطيهما**) المحلل شيئاً من الجعل.

وَفِيمَا بَينهمَا: أَيُّهمَا سَبَقَ أَخذَ مِنَ الآخرِ.

وعَلى هَذَا: لَوِ اخْتلفَ اثْنَانِ فِي مَسْأَلَةٍ وأَرادا الرُّجُوعَ إِلَى شيخٍ، وَجعلا على ذَلِكَ جُعلاً.

ووليمةُ الْعرسِ سنَّةٌ، وَمَن دُعِيَ.. فليُجِب، وإِنْ لم يُجِبْ.. أَثِمَ.

وَلَا يرفعُ مِنْهَا شَيئاً، وَلَا يُعْطِي سَائِلاً إِلّا بِإِذنِ صَاحبِهَا.

وإِنْ عَلِمَ أَنَّ فِيهَا لَهواً.. لَا يُجيبُ، وَإِن لم يَعلَمْ حَتَّى حَضَرَ؛ فإِنْ قدر على الْمَنْعِ.. فعلَ،.....................................

(وفيما بينهما)؛ أي: فيما إذا كان الجعل فيما بينهما؛ يعني: من كلا الجانبين: (أيهما سبق.. أخذ) الجعل (من الآخر) وإن لم يجز هذا الاشتراط، كذا في «شرح المجمع» و«الدرر».

(وعلى هذا) التفصيل: (لو اختلف اثنان في مسألة وأرادا الرجوع إلى شيخ وجعلا على ذلك جعلاً)؛ بأن يقول أحدهما: إن كان الجواب كما قلت فلك كذا، وإن كان كما قلت فلم آخذ منك شيئاً.. يجوز؛ حثاً له على العلم.

وإن شرطاه لكل واحد منهما على صاحبه.. لم يجز كما في المسابقة.

(ووليمة العرس سنة، ومن دعي) إلى دعوة (.. فليجب، وإن لم يُجب.. أثم)؛ لقوله ﷺ: «من لم يجب الدعوة.. فقد عصى أبا القاسم»، لكنه مقيد بعدم المنكر في الدعوة، وإلا.. فلا يجب.

(ولا يرفع منها)؛ أي: من طعام الدعوة (شيئاً)؛ لعدم الإذن للرفع، وإنما الإذن للأكل.

(ولا يعطي سائلاً إلا بإذن صاحبها)، استثناء من كل من الرفع والإعطاء.

(وإن علم) المدعو (أنَّ فيها لهواً.. لا يجيب)؛ لأنه منكَر. وحضور المنكر: حرام.

(وإن لم يعلم) أن فيها منكراً (حتى حضر؛ فإن قدر على المنع.. فعل) المنع؛

وَإِلَّا؛ فَإِن كَانَ مقتدىً بِهِ أَو كَانَ اللَّهْوُ على الْمَائِدَةِ.. فَلَا يقْعدُ.

وإِلَّا فَلَا بَأْس بالقعودِ.

وَقَالَ الإِمَامُ: ابْتليتُ بِهِ مرَّةً فَصَبَرتُ، وَهُوَ مَحْمُولٌ على مَا قَبلَ أَنْ يصيرَ مقتدىً.

وَدلَّ قَوْلُهُ: «ابْتليتُ» على حُرْمَةِ كُلِّ الملاهي؛ لأَنَّ الِابْتِلَاءَ إِنَّمَا يكونُ بالمحَّرمِ.

وَالْكَلَامُ:

مِنْهُ مَا يُؤجَرُ بِهِ؛ كالتَّسبيحِ وَنَحْوِهِ.

وَقد يَأْثَم بِهِ إِذا فعلَهُ فِي مجْلِسِ الْفسقِ وَهُوَ يَعلمُهُ.

لأنه نهي عن المنكر، وهو فرض عند القدرة عليه.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يقدر على المنع؛ (فإن كان مقتدى به) بأن كان سلطاناً أو قاضياً أو مفتياً أو عالماً من العلماء يقتدى به، (أو كان اللهو على المائدة.. فلا يقعد)؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يكن مقتدى به، ولا اللهو على المائدة (.. فلا بأس بالقعود)؛ رعاية لحق الداعي.

(وقال الإمام) أبو حنيفة: (ابتُليت) على صيغة بناء المفعول (به مرة فصبرت، وهو محمول: على ما قبل أن يصير مقتدى).

(ودل قوله: «ابتليت» على حرمة كل الملاهي؛ لأن الابتلاء إنما يكون بالمحرم).

(والكلام: منه)؛ أي: من الكلام (ما يؤجر به كالتسبيح ونحوه) من الأذكار والأدعية المأثورة.

(وقد يأثم به) أي بالتسبيح (إذا فعله) أي التسبيح (في مجلس الفسق وهو يعمله)؛ أي: الفسق.

وإِنْ قصدَ بِهِ فِيهِ الِاعْتِبَارَ وَالْإِنْكَارَ.. فَحسنٌ.

وَيكرَهُ فعلُهُ للتَّاجرِ عِنْدَ فَتْحِ مَتَاعِهِ.

(**وإن قصد به فيه**) أي بالتسبيح في مجلس الفسق: (**الاعتبار والإنكار**) على أهل المجلس ممن يعمل الفسق (.. **فحسن**)؛ [٦٦٧/أ] لما فيه من النهي عن المنكر.

(**ويكره فعله**)؛ أي: التسبيح (**للتاجر عند فتح متاعه**)؛ لما فيه من جعل التسبيح وسيلة إلى وصول التجارة.

وفي كتاب الحظر والإباحة من «قاضي خان»: الحارث في الحراثة إذا قال: «لا إله إلا الله» وما أشبه ذلك، والفقاعي يقول عند فتح الفقاع للمشتري: «صلى الله على محمد». قالوا: يكون آثماً.

بخلاف العالم إذا قال في المجلس: صلوا على النبي؛ فإنه ثياب على ذلك.

وكذا: القارئ إذا قال: كبروا.. يثاب على ذلك.

لأن الفقاعي والحارث يأخذ بذلك عوضاً.

رجل جاء إلى بزاز ليشتري منه ثوباً، فلما فتح المتاع.. قال: «سبحان الله» أو قال: «اللهم صل على محمد»؛ إن أراد بذلك إعلام المشتري جودة ثوبه ومتاعه.. كره. انتهى.

في «البزازية»: إن سبَّح على أنه يعمل الفسق.. أثم كالتاجر يذكر الله تعالى أو يصلي على النبي عليه الصلاة والسلام عند فتح قماشه، أو الفقاعي عند فتح فقاعه على قصد ترويج المتاع وتحسينه.

وعن هذا: يمنع إذا قدم واحد من العلماء إلى مجلس، فسبح وصلى على النبي عليه الصلاة والسلام إعلاماً بقدومه حتى يتفرج له الناس، أو يقوموا له.. يأثم؛ لأنه جعل اسم الله تعالى وصلاته على رسوله ﷺ وسيلة إلى تعظيم الغير، واستحلاله هذا الصنيع واعتقاده عبادة، لا خفاء في أنه أمر هائل عظيم تعوذ بالله. انتهى.

والتَّرجيعُ بِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ، وَالِاسْتِمَاعِ إِلَيْهِ.

وَقِيلَ: لَا بَأْسَ بِهِ.

وَعَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنهُ كَرِهَ رفعَ الصَّوْتِ عِنْدَ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ والجنازةِ، والزَّحفِ والتَّذكيرِ؛ فَمَا ظَنُّكَ بِهِ عِنْدَ الْغناءِ الَّذِي يسمُّونَهُ وجداً؟!

(و) يكره (**الترجيع**)؛ أي: ترديد الصوت بالخفض والرفع (**بقراءة القرآن والاستماع إليه، وقيل: لا بأس به**).

والصحيح: هو الأول؛ لما فيه من الألحان.

وفي «الحاوي القدسي»: الترجيع بقراءة القرآن بالصوت الطيب مختلف فيه، والأصح: أنه إن لم يزد فيه الحروف.. يجوز، وإن زاد.. لم يجز.

(**وعن النبي ﷺ أنه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن**)؛ أي: سواء كان من القارئ أو من السامع، وهذا دليل على حرمة الترجيع بالقرآن، وهذا: لأن فيه سوء أدب.

وفي «شرح النقاية» عن «الحقائق»: أن قراءة القرآن بالألحان معصية، حتى قال مشايخنا: التالي والسامع آثمان.

وعن المرغيناني: من قال لمثل هذا القارئ: أحسنت.. فقد كفر.

(و) عند (**الجنازة والزحف والتذكير**)؛ أي: الوعظ.

(**فما ظنك به**)؛ أي: برفع الصوت (**عند الغناء**) بالكسر والمدّ من التغنية (**الذي يسمونه**) الصوفية (**وجداً؟!**)؛ يعني: هو أشد حرمة.

قال في «شرح النقاية» عن الإمام السرخسي: إن ما يفعله الذين يدعون الوجد والمحبة: مكروه لا أصل له في الدين.

ويمنع الصوفية مما يعتادونه من رفع الصوت؛ فإن ذلك مكروه [٦٦٧/ب] في الدين عند قراءة القرآن والوعظ؛ فما ظنك عند سماع الغناء؟!

وَكَرِهَ الإِمَامُ الْقِرَاءَةَ عِنْدَ الْقَبْرِ، وجوَّزها مُحَمَّدٌ، وَبِهِ أَخذَ.

وَمِنْهُ مَا لَا أَجرَ فِيهِ وَلَا وِزْرَ؛ نَحْو قُم واقعد.

وَقيلَ: لَا يُكْتبُ عَلَيْهِ.

وَمِنْهُ مَا يَأْثَمُ بِهِ، كالكذبِ والغيبةِ والنميمةِ والشَّتيمَةِ.

فظهر من هذا: أن الغناء حرام.

قال في «شرح النقاية»: الغناء عرفاً ترديد الصوت بالألحان في الشعر، مع انضمام التصفيق المناسب، فلم يتحقق الغناء بفقدان قيد من الثلاثة.

كون الألحان في: الشعر، وانضمام التصفيق بالألحان، ومناسبة التصفيق لها من أنواع اللعب.

وهو كبيرة في جميع الأديان، حتى يمنع المشركون عن ذلك كما في «الاختيار».

(وكره الإمام القراءة)؛ أي: قراءة القرآن (عند القبر، وجوزها محمد، وبه أخذ) في الفتوى.

(ومنه)؛ أي: من الكلام: (ما لا أجر فيه، ولا وزر؛ نحو قم واقعد)؛ لأنه مباح.

(وقيل: لا يكتب عليه)؛ أي: في كتب أعماله.

(ومنه)؛ أي: من الكلام: (ما يأثم به؛ كالكذب والغيبة)، ولو بغمز العين والإشارة باليد؛ فإنه أيضاً حرام على ما في «التنوير».

(والنميمة، والشتيمة).

الغيبة: من الاغتياب؛ يقال: اغتابه اغتياباً؛ إذا ذكره بما يكره من العيوب، وهو حق، والاسم: الغيبة؛ فإن كان باطلاً.. فهو الغيبة [في بهتان][1].

---

(١) زيادة من «المصباح».

وَالْكذبُ حرَامٌ؛ إِلَّا:

فِي الْحَرْبِ للخُدعَةِ.

وَفِي الصُّلْحِ بَينَ اثْنَيْنِ.

وَفِي إِرضاءِ الْأَهْلِ.

وَفِي دفعِ الظَّالِمِ عَنِ الظُّلمِ.

وَيكرَهُ التَّعْرِيضُ بِهِ إِلَّا لحَاجَةٍ.

وَلَا غيبَةَ لظَالِمٍ.

وَلَا إِثْمَ فِي السَّعْيِ بِهِ.

والنميمة: اسم من نَمَّ الرجل الحديث نمّاً: سعى به ليوقع فتنة أو وحشة، فالرجل: نَمٌّ، تسمية بالمصدر، ونمَّام مبالغة، والاسم: النميمة.

والشتيمة: اسم من شتمه شتماً، الكل في «المصباح».

(والكذب حرام) في جميع الأديان والأوقات.

(إلا في:

الحرب للخدعة.

وفي الصلح بين اثنين.

وفي إرضاء الأهل.

وفي دفع الظالم عن الظلم).

لأن في هذه المواضع مصلحة كثيرة.

(ويكره التعريض به)؛ أي: بالكذب (إلا لحاجة)؛ كقولك لرجل: كل، فيقول: أكلت؛ يعني به: أمس، فلا بأس به؛ لأنه صادق في قصده.

وقيل: يكره؛ لأنه كذب في الظاهر، كذا في «الاختيار».

(ولا غيبة لظالم، ولا إثم في السعي به)؛ أي: إلى السلطان؛ لأنه من باب النهي

وَلَا غيبَةَ إِلَّا لمعلومٍ؛ فاغتيابُ أَهلِ القريةِ لَيْسَ بغيبةٍ.

وَيحرمُ اللَّعِبُ بالنَّردِ والشِّطرنجِ ....

عن المنكر ومنع الظلم.

قال في «قاضي خان»: الرجل يصوم ويصلي ويضر الناس باليد واللسان، فذكر بما فيه من الإضرار بالناس.. لا يكون غيبة، وإن أخبر السلطان بذلك ليزجره.. فلا إثم عليه.

والحاصل: أن مجرد ذكر مساوئ أخيه ليس بغيبة، ولو لغير ظالم، إنما الغيبة: أن يذكر على وجه الغضب، يريد به السب.

(**ولا غيبة إلا لمعلوم؛ فاغتياب أهل قرية.. ليس بغيبة**)؛ لعدم كون المغتاب معلوماً.

(**ويحرم اللعب بالنرد**)؛ أي: بجميع أنواعه؛ سواء كان الثلاثة عشر أو الأربعة عشر، وهو حرام مسقط للعدالة بالإجماع؛ فإنه كبيرة، كذا في «شرح النقاية».

(**والشطرنج**) [٦٦٨/أ] قال في «المصباح»: الشطرنج: معرب، قيل: بفتح أوله، وقيل: بالكسر، وهو المختار. انتهى.

وجزم في «القاموس» بأنه لا يفتح أوله.

وقال في «شرح النقاية» نقلاً عن «الكافي»: لعب الشطرنج: حرام وكبيرة عندنا، وفي إباحته: إعانة للشيطان على الإسلام والمسلمين، وهو حرام بالآثار والقياس، ومن قال: إنه لم يثبت حرمته بالكتاب، ولا بالسنة، ولا بالقياس.. ليس كما ينبغي.

وفي «شرح المختار»: أن علياً مر على قوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم، وقال: ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون؟!

وعن ابن عمر مثله.

ولم ير أبو حنيفة بأساً بالسلام عليهم؛ ليشغلهم عن اللعب.

وقال صاحباه: إن السلام عليهم مكروه؛ استحقاراً بهم وإهانة لهم.

وَالْأَرْبَعَةَ عَشَرَ، وكلِّ لَهوٍ.

وَيُكرَهُ اسْتِخْدَامُ الخِصيانِ، وَوصلُ الشّعْرِ بِشَعْرِ آدَمِيٍّ، وَقَوْلُهُ فِي الدُّعَاءِ: «أَسأَلُكَ بمعقدِ الْعِزِّ مِن عرشِكَ».

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

(**والأربعة عشر**)، وهذا تكرار بعد ذكر النرد؛ لأنه نوع من النرد، على ما ذكرناه، إلا أن يخص النرد بنوع من اللعب، وهذا بنوع آخر منه.

(**وكل لهو**)؛ أي: اللعب بجميع أنواعه: حرام؛ كالرقص والسخرية والتصفيق والتعليس وضرب الأوتار بجميع أنواعها، من الطنبور والمزمار والرباب وغيرها.

(**ويكره استخدام الخصيان**)؛ لأنه يكون باعثاً للناس على هذا الصنع الشنيع؛ أي: إخراج الخصيتين.

(و) يكره أيضاً (**وصل الشعر بشعر آدمي**)؛ سواء كان شعرها أو شعر غيرها؛ لقوله ﷺ: «لعن الواصلة والمستوصلة».

الواصلة: هي التي تصل الشعر بشعر الغير، أو التي تصل شعرها بشعر آخر.

والمستوصلة: هي التي يوصل لها ذلك بطلبها.

(و) يكره (**قوله في الدعاء: أسألك بمعقد**) بتقديم العين وتأخير القاف؛ إذ لا خلاف في عدم جواز الدعاء بعكسه؛ أي: بتقديم القاف؛ لأنه من القعود، وهو محال على الله تعالى (**العز من عرشك**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**خلافاً لأبي يوسف**).

لهما: أنه يوهم تعلق عزه تعالى بالعرش، والعرش حادث، وما يتعلق به: يكون حادثاً أيضاً، والله تعالى متعال عن تعلق عزه بالحادث؛ لأن عزه قديم كسائر صفاته.. فلا يتعلق بالحادث.

ولأبي يوسف: ما روي أنه ﷺ كان من دعائه: «اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك، ومنتهى الرحمة من كتابك، وباسمك الأعظم...» الحديث.

وَقَولُهُ: «أَسأَلُكَ بِحَقِّ أنبيائِكَ ورُسلِكَ».

واستماعُ الملاهي حرَامٌ.

وَيُكرَهُ تعشيرُ الْمُصحفِ، ونقطُهُ إِلّا للعَجَمِ، فإِنَّه حَسَنٌ، وَلَا بَأْسَ بتحليتِهِ.

وفي «الزيلعي»: الأحوط: الامتناع عنه لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعي؛ إذ المتشابه يثبت بالقطعي.

(و) يكره (قوله) في الدعاء: (أسألك بحق أنبيائك ورسلك)، وكذا: بحق البيت أو المشعر أو الملائك أو فلان؛ لأنه لا حق للمخلوق على الخالق [٦٦٨/ب]، وإنما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه.

(واستماع الملاهي) بأنواعه: (حرام) كفعله؛ لورود النهي عنه، ولأنه من فعل الكفرة.

(ويكره تعشير المصحف)؛ أي: كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات، وذلك بأن يكتب العواشر.

(ونقطه)؛ لما روي عن ابن مسعود قال: «جردوا القرآن»، وفي التعشير والنقط: ترك التجريد.

(إلا للعجم)؛ الذي لا يحفظ القرآن ولا يقدر على القراءة إلا بالتعشير والنقط.

(.. فإنه) أي كل من التعشير والنقط: (حسن) للعجمي؛ إعانة للحفظ والقراءة، وما روينا عن ابن مسعود.. فبالنسبة إلى زمنهم؛ لأنهم كانوا يتلقون القرآن عن النبي ﷺ كما أنزل، وكانت القراءة سهلاً [عليهم، لكونهم أهلاً][1] وكانوا يرون النقط مخلاً بحفظ الإعراب، والتعشير بحفظ الآي، ولا كذلك العجم في زماننا.. فيستحسن؛ لعجز العجمي عن التعلم إلا به.

(ولا بأس بتحليته) وتزيينه.

---

(١) زيادة من «الزيلعي» (٣٠/٦).

وَلَا بَأْس بِدُخُولِ الذِّمِّيِّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ، وَلَا بعيادتِهِ.

(ولا بأس بدخول الذمي المسجد الحرام).

وقال مالك: يكره دخوله كل مسجد.

وقال الشافعي: يكره دخوله المسجد الحرام؛ لأنه نجس، ولأنه لا يخلو عن نجاسة، فوجب تنزيه المسجد عنه.

ولنا: أنه ﷺ أنزل وفد ثقيف في المسجد، وضرب لهم خيمة، فقالت الصحابة: المشركون نجس، فقال ﷺ: «ليس على الأرض من نجاستهم شيء، وإنما نجاستهم على أنفسهم».

(ولا بعيادته)؛ لما روي: أن يهودياً مرض بجوار النبي ﷺ، فقال: «قوموا بنا نعود جارنا اليهودي» فعاده وقعد عند رأسه، فقال: «قل لا إله إلا الله محمد رسول الله» فنظر المريض إلى أبيه، فقال له أبوه: أجبه، فأجابه وشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، ثم مات، فقال النبي ﷺ: «الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار».

ولأن العيادة نوع من البر، فتجوز.

ولا بأس برد السلام على الذمي، ولا يزيد على قوله: وعليكم؛ فإنه ﷺ لم يزد حين رد على اليهودي على هذا.

ولا يبدأ بالسلام عليه؛ لأن فيه تعظيمه.

وإن كان له إليه حاجة.. فلا بأس ببداءته به.

ولا يدعو له بالمغفرة؛ لأن الله تعالى لا يغفر أن يشرك به.

ولو دعى له بالهدى.. جاز؛ لأنه ﷺ قال: «اللهم اهد قومي».

ولو دعا له بطول العمر.. قيل: لا يجوز؛ لأن فيه التمادي على الكفر.

وقيل: يجوز؛ لأن في طول عمره نفعاً للمسلمين بأداء الجزية.

وَيجوزُ إِخصاءُ الْبَهَائِمِ، وإنزاءُ الْحميرِ على الْخَيلِ.

والحقنةُ للرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، لَا بِمحرَّمٍ؛ كَالْخمرِ وَنَحْوِهَا.

وَلَا بَأْسَ برزقِ القَاضِي ....

وعلى هذا الاختلاف: الدعاء بالعافية.

وهذا كله إذا كان من أهل الكتاب؛ كاليهودي والنصارى.

وإن كان مجوسياً.. قيل: لا يعوده؛ لأنه أبعد عن الإسلام.

وقيل: يعوده؛ لأن فيه إظهار محاسن الإسلام [٦٦٩/أ] وترغيبه فيه وتأليفه.

واختلفوا في عيادة الفاسق، والصحيح: أنه لا بأس به، وإذا مات الكافر.. يقول لوالده أو قريبه في تعزيته: أخلف الله عليك خيراً منه وأصلحك.

(**ويجوز إخصاء البهائم**)؛ لأن فيه منفعة البهائم، بخلاف الآدمي؛ لأن في إخصائه قطع نسل الآدمي.. فيكره.

قال في «شرح النقاية» نقلاً عن شيخ الإسلام: إنَّ إخصاء الفرس حرام، وأما إخصاء غيره من الحيوانات؛ كالسنّور وغيره.. فلا بأس به؛ إن كان فيه منفعة، وإلا.. فحرام، كما في «المحيط».

(**ويجوز إنزاء الحمير على الخيل**)؛ لأن النبي ﷺ ركب البغل واقتناها، ولو كان هذا الفعل مكروهاً.. لما ركبها؛ لما فيه من فتح باب المكروه.

(**و**) تجوز (**الحقنة**)، قال في «المصباح»: حقنت المريض: إذا أوصلت الدواء إلى باطنه من مخرجه بالمِحقنة بالكسر، واحتقن هوَ، والاسم: الحُقنة؛ مثل: الغُرقة، ثم أطلقت على ما يتداوى به. انتهى.

(**للرجال والنساء**)؛ لقوله ﷺ: «لكل داء دواء، وإذا أصاب الدواء الداء.. برئ».

(**لا بمحرم؛ كالخمر ونحوها**)؛ لما رواه البخاري عن ابن مسعود: أن النبي ﷺ قال: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم».

(**ولا بأس برزق القاضي**) من بيت المال؛ لأن بيت المال أُعِد لمصالح

كِفَايَةً بِلَا شَرطٍ.

وَلَا بَأْسَ بسفرِ الْأَمَةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ بِلَا مَحْرَمٍ.

وَالْخلْوَةُ بهَا.. قيل: تُبَاحُ.

وَقيلَ: لَا.

وَيُكرَهُ جَعلُ الرَّايَةِ ....

المسلمين، والقاضي محبوس لمصالحهم، والحبس من أسباب النفقة، فكان رزقه فيه كرزق المقاتلة.

وكذا: رزق كل من يحبس نفسه لمصالح المسلمين كالمفتي.

(كفاية)؛ لاندفاع الحاجة بقدر الكفاية.

(بلا شرط)، لأن القضاء طاعة.. فلا يجوز أخذ الأجرة عليه بالشرط والمعاقدة، بل السلطان يعطيه كفاية من بيت المال بلا شرط.

(ولا بأس بسفر الأمة وأم الولد بلا محرم)؛ لأن الأمة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع إلى النظر والمس؛ فكما يجوز للحرة أن تسافر مع المحرم.. فكذا هي مع الأجنبي، وأم الولد: أمة؛ لقيام الرزق فيها.

وكذا: المكاتبة؛ لأنها مملوكة رقبة.

وكذا: معتقة البعض عند أبي حنيفة؛ لأنها كالمكاتبة عنده.

وفي «الكافي»: هذا في زمانهم؛ لغلبة أهل الصلاح فيه، وأما في زماننا.. فلا؛ لغلبة أهل الفساد فيه، كذا في «الزيلعي».

(والخلوة بها)؛ أي: بالأمة (.. قيل: تباح)؛ لما ذكرناه: من أنها بمنزلة المحرم للرجال فيما يرجع إلى النظر.

(وقيل: لا)؛ لاحتمال الشهوة.

(ويكره جعل الراية)؛ أي: الغُل بضم الغين المعجمة، وهو: الطوق من حديد

فِي عُنُقِ العَبْدِ، لَا تَقْيِيدُهُ.

وَيُكرَهُ أَن يُقْرِضَ بقَّالاً درهماً؛ ليَأْخُذَ مِنْهُ بِهِ مَا يحْتَاجُ إِلَى أَن يستغرقَهُ.

وَالسُّنَّةُ: تقليمُ الأَظافيرِ، ونتفُ الْإِبطِ، وَحلقُ الْعَانَةِ والشاربِ، وقصُّهُ حَسَنٌ.

يجعل في العنق، وجمعه: أغلال، كذا في «المصباح» [٦٦٩/ب].

وإنما كره؛ لأنه علامة أهل النار.

(في عنق العبد)، وعن أبي الليث: أن في زماننا جرت العادة بذلك إذا خيف الإباق.

(لا تقييده)؛ لأنه عادة المسلمين في المتمردين.

(ويكره أن يقرض بقالاً درهماً ليأخذ منه)؛ أي: من البقال (به)؛ أي: بالدراهم (ما يحتاج) إليه من حوائجه (إلى أن يستغرقه)، متعلق بيأخذ؛ أي: أن يستغرق الدراهم؛ أي: يستوفيه.

وإنما كره ذلك.. لأنه قرض جر نفعاً، وهو بقاء درهمه وكفاية حاجاته، ولو كان في يده.. لخرج من ساعته، وقد نهى النبي ﷺ عن قرض جر نفعاً.

والمخلص منه: أن يودعه إياه، ثم يأخذ منه شيئاً فشيئاً ما يريده، وإن ضاع الدرهم عنده.. فلا شيء عليه؛ لأن الوديعة أمانة، والأمانات لا تضمن.

(والسنة: تقليم الأظافير)؛ أي: قطعها.

(ونتف الإبط)؛ يقال: نتف الشعر نتفاً: نزعه، كذا في «المصباح».

(وحلق العانة)، يبدأ به من تحت السرة؛ كذا في «الاختيار».

(والشارب، وقصّه)؛ أي: قطع الشارب: (حسن).

قالوا: هذا من سنن الخليل، وفعلها نبينا ﷺ، وأمر بها.

وَلَا بَأْسَ بِدُخُولِ الْحمَّامِ للرِّجَالِ، وَالنِّسَاءِ؛ إِذا اتَّزرَ وغضَّ بَصَرَهُ.

وَيسْتَحبُّ اتِّخَاذُ الأَوعيةِ لنقلِ المَاءِ إِلَى الْبيُوتِ، وَكَونُهَا مِنَ الخَزَفِ أَفضلُ.

وَلَا بَأْسَ بسترِ حيطانِ الْبَيْتِ باللُّبُودِ للبَردِ.

وَيُكرَهُ للزِّينَة.

وَكَذَا إِرخاءُ السّترِ على الْبَيْتِ، وَإِذا أَدّى الْفَرَائِضَ وَأَحبَّ أَنْ يتنعَّم بمنظرٍ حَسَنٍ وَجوَارٍ جميلَةٍ.. فَلَا بَأْسَ.

(ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء إذا اتزر)؛ أي: استعمل الإزار؛ حذراً عن كشف العورة، (وغض بصره)؛ لما روي: أن رسول الله ﷺ دخل الحمام وتنوَّر[1].

(ويستحب اتخاذ الأوعية)، جمع الوعاء (لنقل الماء إلى البيوت، وكونها من الخزف) - وهو الطين المعمول آنية؛ كذا في «المصباح» - (أفضل)؛ لما روي: «من اتخذ أواني بيته خزفاً.. زارته الملائكة».

ويجوز اتخاذها من نحاس أو رصاص أو أدم.

ولا يجوز من الذهب والفضة؛ للنهي عنهما.

(ولا بأس بستر حيطان البيت باللبود)، هو: ما يتلبد من شعر أو صوف.

(للبرد)؛ لما فيه من دفع ضرر البرد عن نفسه.

(ويكره للزينة)؛ لأنها فعل الشيطان.

(وكذا: إرخاء الستر على البيت)؛ لأنه نوع تكبر.

(وإذا أدَّى الفرائض وأحب أن يتنعم بمنظر حسن وجوار جميلة.. فلا بأس)؛ لأن النبي ﷺ فعله كذلك، مع ما كان عنده من الحرائر، وكذا فعله علي، كذا في «الاختيار».

---

(١) تنوَّر: اطلى بالنورة.

والقناعةُ بِأَدْنَى الْكِفَايَةِ، وَصرفُ الْبَاقِي إِلَى مَا يَنْتَفِعُ فِي الْآخِرَةِ: أَولى.

(والقناعة بأدنى الكفاية) من المنظر الحسن والجواري، (وصرف الباقي) من الكفاية (إلى ما ينتفع في الآخرة: أولى)؛ لما فيه من اختيار العقبى؛ كذا في «الاختيار».

* * *

(كتاب إحياء الموات)

(كتَابُ إِحْيَاءِ المَوَاتِ)

هي: أَرضٌ لَا يُنْتَفعُ بهَا؛ عَادِيةً أَو مَمْلُوكَةً فِي الْإِسْلَامِ، لَيْسَ لَهَا مَالكٌ مُعَيَّنٌ؛ مُسلمٌ أَو ذمِّيٌّ.

(كِتَابُ إِحْيَاءِ المَوَاتِ)

(هي)؛ أي: الموات في الشريعة: (أرض لا ينتفع بها)، شبه ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه، أو لغلبة الماء عليه، أو ما أشبه ذلك؛ بأن غلب عليه الرمال أو صارت سبخة بالمِيّت [٦٧٠/أ] من الحيوان الذي بطلت منافعه.. فسمي مواتاً، وإحياؤه: عبارة عن جعله بحيث ينتفع به.

(عادية) لا مالك له، وليس المراد بالعادية: أن يكون منسوباً إلى عاد على ما هو المشهور؛ لأن عاد لم يملك جميع أراضي الموات.. بل مراده: ما قدم خرابه؛ كأنها خربت في عهد عاد.

(أو مملوكة في) دار (الإسلام، ليس لها مالك معين، مسلم أو ذمي).

قال في «العناية»: هذا قول بعض المشايخ.

وقال بعضهم: الأراضي المملوكة إذا انقرض أهلها ولم يكن لها مالك معين.. فهي كاللقطة، يتصرف فيها الإمام كما يتصرف في جميع اللقطات، والأموال الضائعة.

ولو ظهر المالك بعد ذلك.. أخذها وضمن له مَن زرعها إن نقصت بالزراعة، وإلا.. فلا شيء عليه.

وفي «القنية»: أرض غرقت وصارت بحراً، ثم نضب الماء عنه، أو خربت بوجه آخر، ثم جاء إنسان وعمرها.. ففيه اختلاف المتقدمين:

قيل: للمالك القديم.

وقيل: لمن أحياها.

وَعندَ مُحَمَّدٍ إِنْ مُلِكَت فِي الْإِسْلَامِ.. لَا تكونُ مَوَاتاً.

وَيشْتَرطُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: كَونُهَا بعيدَةً عَنِ العامرِ؛ لَو صِيحَ مِن أَقصاهُ.. لَا يُسمَعُ فِيهَا.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: أَنْ لَا يَنْتَفِعَ بهَا أَهلُ العامرِ وَلَو قريبَةً مِنْهُ.

وفي «روضة الناطفي»: فإن كان لها أرباب ولها آثار عمارة من مسناة وغيرها، ولكن لا يُعرَفون.. ذكر هشام عن محمد: لا يسع لأحد أن يحييها، ولا يأخذ منها طيناً.

وفي رسالة أبي يوسف إلى هارون: هي لمن أحياها، وليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف.

قال: فهذا يشير إلى أنه تكون لمن أحياها، لكن للإمام أن يدفعها إلى من أثبت أنها كانت أرضه أو أرض مورثه.

وعلى هذا: لا يتحقق الخلاف بين أبي يوسف ومحمد إلا قبل إثبات أحد حقه فيها؛ فأما إذا ثبت.. فهو أولى بلا خلاف. انتهى كلام «القنية» ملخصاً.

(**وعند محمد: إن ملكت في الإسلام.. لا تكون مواتاً، ويشترط عند أبي يوسف: كونها بعيدة عن العامر**) بحيث (**لو صيح من أقصاه**)؛ أي: من أقصى العامر (**.. لا يسمع فيها**)؛ أي: في الأرض الموات؛ يعني: لو وقف رجل على طرف عمران المصر أو القرية فنادى بأعلى صوته فإلى أي موضع ينتهي إليه صوته.. يكون من فناء العمران؛ لأن أهل القرية يحتاجون إلى ذلك الموضع لرعي المواشي ولغيره، وما وراء ذلك: يكون مواتاً إذا لم يعرف له مالك.

(**وعند محمد: أن لا ينتفع بها أهل العامر**)؛ أي: أهل المصر أو القرية (**ولو**) وصلية (**قريبة منه**)؛ أي: من العامر؛ يعني: أرض الموات عند محمد: أرض لا يملكها في الإسلام ولم ينتفع بها أهل العامر بانقطاع الماء، أو لغلبته، أو ما أشبه

ومَن أَحْيَاهَا بِإِذنِ الإِمَامِ وَلَو ذِمِّياً.. مَلَكَهَا.

وَبلا إِذْنِهِ.. لَا.

خلافاً لَهما.

ذلك.. فهي موات؛ سواء كانت قريبة من العامر أو بعيدة منه، وسواء كانت من أرض العرب [٦٧٠/ب] أو من غيره، في المفازة أو بقرب الجبل.

(**ومن أحياها**)؛ أي: أرض الموات، وتفسير الإحياء على ما في «النوادر»: أن يزرعها ويلقي البذر؛ حيث قال فيه: إن إحياء الأرض لا يكون بالسقي والكراب، وإنما يكون بإلقاء البذر والزراعة، حتى لو كربها ولم يسقها، أو سقى ولم يكربها.. لا يكون إحياء.

وفي ظاهر الرواية: إذا حفر لها النهر وسقاها.. يكون إحياء.

وكذا لو حوطها أو سنّمها؛ بحيث يعصم.. يكون إحياء.

بخلاف التحجير على ما سيأتي بيانه.

(**بإذن الإمام ولو**) وصلية (**ذمياً.. ملكها، وبلا إذنه لا**) يملكها عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: لا يشترط فيه إذن الإمام؛ لقوله ﷺ: «من عمر أرضاً ليست لأحد.. فهو أحق به» رواه البخاري.

ولأنه مباح سبقت يداه إليه، فكان أحق بها؛ كالماء والحطب والحشيش والصيد والركاز.

ولأبي حنيفة: قوله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»، ولأن هذه الأراضي كانت في أيدي الكفرة، ثم صارت في أيدي المسلمين، فصارت فيئاً، ولا يختص بالفيء أحد دون رأي الإمام؛ كالغنائم.

بخلاف المستشهد به من الصيد وأمثاله؛ لأنها لم تكن في أيدي الكفرة، فلم تكن في حكم الفيء، وما روياه: كان إذناً منه ﷺ، لا نصبَ شرعٍ؛ كما في قوله ﷺ: «من قتل قتيلاً.. فله سلبه»؛ فإنه تحريض منه بالسلب، لا نصب شرع.

وَلَا يجوزُ إِحْيَاءُ:

مَا قَرُبَ مِنَ العامرِ، بل يتْرَكُ مرعىً لأَهِلِ الْقَرْيَةِ، ومطرحاً لحصائِدِهم.

وَلَا مَا عَدَلَ عَنهُ مَاءُ الْفُرَاتِ ....

قال في «الزيلعي»: ولو أحياها وترك بعد الإحياء وزرعها غيره.. قيل: الثاني أحق بها؛ لأن الأول ملك استغلالها دون رقبتها.

والأصح: أن الأول أحق بها؛ لأنه ملك رقبتها بالإحياء.. فلا تخرج عن ملكه بالترك.

وهكذا ذكره وصححه في «الهداية»، واستدل على الأصحِّية بقوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة.. فهي له»، ولأن اللام فيه للتمليك، وملكه لا يزول بالترك.

واعترض عليه في «العناية»: بأن الاستدلال بهذا الحديث إنما يصح على مذهب الإمامين، وأما على مذهب أبي حنيفة.. فلا يصح؛ لأنه حمله على الإذن لا على نصب الشرع، فكيف يصح القول بأنه ملكه؟

وأجيب عنه: بأنه وإن كان إذناً منه، لكنه إذا أذن له الإمام.. كان شرعاً، ألا ترى: أن من قال له الإمام: «من قتل قتيلاً فله سلبه».. ملك سلب من قتله.

هذا، ولا يخفى عليك: أن قولهما: «ولو أحياها» يمكن حمله على رواية «النوادر»، وعلى ظاهر الرواية في تفسير الإحياء على ما ذكرناه آنفاً.

وقال في «الهداية» و«الزيلعي» أيضاً: ولو أحيا أرضاً ميتة، ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة، من أربعة نفر على التعاقب.. تعين طريق الأول في الأرض الرابعة، على ما [٦٧١/أ] هو المروي عن محمد؛ لأنه لما أحيا الجوانب الثلاثة.. تعين الجانب الرابع، وقد ذكرناه في العشر والخراج.

(ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر، بل يترك مرعى لأهل القرية، ومطرحاً لحصائدهم)؛ لتحقق حاجتهم إليه تحقيقاً أو تقديراً.

(ولا ما)؛ أي: موضع (عدل)؛ أي: زال وانكشف الموضع (عنه ماء الفرات) نهر

وَنَحْوِهَا، وَاحْتَمَلَ عودُهُ إليه؛ فإِنْ لم يحْتَمِل.. جَازَ.

وَمن حَجَرَ أَرضاً ثَلَاثَ سِنِينَ وَلم يَعمُرْها.. أُخِذَت مِنْهُ وَدُفِعَتْ إِلَى غَيرِهِ.

وَمن حَفَرَ بِئراً فِي أَرضِ مواتٍ.. فَلهُ حريمُها إِنْ بِإذنِ الإِمَامِ.

معروف (ونحوها) من الأنهار، (واحتمل عوده إليه)؛ أي: إلى ذلك الموضع؛ لأنه مع احتمال العود.. لا يكون مواتاً؛ لتعلق حق العامة إليه على تقدير العود؛ لأن الماء حقهم، فكذا موضعه.

(فإن لم يحتمل) العود (.. جاز) إحياؤه؛ لأنه حينئذ يكون مواتاً.

(ومن حجر أرضاً)، التحجير: من الحجر، وهو: المنع للغير بوضع علامة بحجر، أو بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك، ونقبه عنها، وجعله حولها، أو بإحراق ما فيها من الشوك وغيره، وقد ذكرناه في باب العشر والخراج.

(ثلاث سنين)، تقديره بثلاث سنين؛ لقول عمر: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق».

(ولم يعمرها)، أشار به: إلى أن التحجير ليس إحياء، ولا يفيد الملك، فبقيت مباحة على حالها، لكنه هو أولى من غيره لسبب تحجيره.. فلا يؤخذ منه إلى ثلاث سنين لأنه عمر؛ فإن أحياها وعمرها في ثلاث سنين.. يملكها.

وإلا (.. أخذت منه، ودفعت إلى غيره) ليعمرها؛ فإن الإمام إنما تركها في يده بعد التحجير ليعمرها، فيحصل للمسلمين منفعة العشر إن عشرياً، أو الخراج إن خراجياً.

فإذا لم يحصل المقصود.. فلا فائدة في تركها في يده.

وبيان كونه عشرياً أو خراجياً: تقدم في باب العشر والخراج.

(ومن حفر بئراً في أرض موات.. فله حريمها إن بإذن الإمام) عند أبي حنيفة.

وَكَذَا: إِنْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عِنْدَهمَا.

وحريمُ العَطَنِ: أَرْبَعُونَ ذراعاً مِن كُلِّ جَانبٍ. هُوَ الصَّحِيحُ.

(وكذا)؛ أي: له حريمها (إن بغير إذنه أم عندهما)؛ يعني: أن إذن الإمام ليس بشرط عندهما.

وقد ذكرنا ما يتعلق بحفر البئر في باب العشر والخراج.. فلا نعيده.

ثم شرع في بيان الحريم فقال: (وحريم العطن)؛ أي: بئر العطن، وهي: البئر التي يستقى منها باليد.

والعَطَن: بفتحتين مناخ الإبل ومبركه، ولا يكون إلا حول الماء. كذا في «المصباح».

(أربعون ذراعاً من كل جانب، هو الصحيح).

احترز به عما قيل: الأربعون من الجوانب الأربعة؛ من كل جانب: عشرة أذرع؛ لقوله ﷺ: «من حفر بئراً.. فله حولها أربعون ذراعاً»؛ لأن ظاهر اللفظ بجمع الجوانب الأربعة.

وجه الصحيح: أن المقصود من تشريع حريم البئر: دفع الضرر عنه؛ كي لا يحفر بئراً أخرى بجنبها، فيتحول ماء الأولى إلى الثانية، ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب، فيتقدر بأربعين ذراعاً من كل جانب [٦٧١/ب]؛ كي لا يتعطل عليه المصالح.

وهذا: لأن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر إلا بما حولها؛ لأنه يحتاج إلى أن يقف على شفير البئر ما يركب عليه البكرة، وإلى أن يبني حوضاً يجتمع فيه الماء، وإلى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب، وبعده من الإبل وغيره، وهذا: لا يكون إلا بقدر أربعين ذراعاً من كل جانب.

وَكَذَا: حَرِيمُ النَّاضِحِ.

وَعِنْدَهُمَا: لِلنَّاضِحِ سِتُّونَ ذراعاً.

وحريمُ الْعيَنِ: خَمْسُمائَةِ ذِرَاعٍ مِن كلِّ جَانبٍ.

وَيمْنَعُ غَيرَهُ مِنَ الْحفرِ فِي حريمِهِ، ....

(وكذا)؛ أي: أربعون ذراعاً (حريم الناضح)؛ يقال: نضح البعير الماء: حمله من نهر أو بئر لسقي الزرع، فهو: ناضح، ثم استعمل الناضح في كل بعير وإن لم يحمل الماء، وفيما سقي بالنضح؛ أي: بالماء الذي ينضحه الناضح، كذا في «المصباح».

والمراد به ههنا: البئر الذي يستقى منها بالبعير، والإضافة في الموضعين: لأدنى ملابسة، وهذا في الموضعين قول أبي حنيفة.

(وعندهما: للناضح ستون ذراعاً)؛ أي: حريم الناضح ستون ذراعاً عندهما؛ لقوله ﷺ: «حريم العين: خمسمائة ذراع، وحريم العطن: أربعون ذراعاً، وحريم الناضح: ستون ذراعاً»، ولأن استحقاق الحريم باعتبار الحاجة، وحاجة صاحب بئر الناضح: أكثر منه؛ لأنه يحتاج إلى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير، وقد يطول الرشا، وفي بئر العطن: يستقي بيده.. فلا بد من التفاوت بينهما.

ولأبي حنيفة في عدم الفرق: ما روينا من غير فصل بينهما، ومن أصله: أن العام المتفق على قبوله والعمل به.. يترجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به.

(وحريم العين: خمسمائة ذراع من كل جانب)؛ لما روينا، ولأن العين تستخرج للزراعة.. فلا بد من موضع يجتمع فيه، ومن موضع يجري إليه، ومن موضع يجري منه إلى الزراعة؛ فقدره الشرع: بخمسمائة، ولا مدخل للرأي في المقادير الشرعية.

قيل: إن خمسمائة من الجوانب الأربعة، من كل جانب: مائة وخمسة وعشرون ذراعاً.

والأصح: ما ذكره المصنف.

(ويمنع) صاحب الحريم (غيره من الحفر في حريمه)؛ لأنه صار ملكاً له؛

لَا فِيمَا وَرَاءَهُ.

فَإِنْ حفرَ أَحدٌ فِيهِ.. ضُمِّنَ النُّقْصَانَ ويُكبَسُ، ....

ضرورة تمكنه من الانتفاع بها، فكان الحافر متعدياً بالحفر في ملك غيره.

(لا فيما وراءه)؛ لعدم كونه ملكاً له.

(فإن حفر أحد فيه)؛ أي: في الحريم (.. ضُمِّن) من التضمين (النقصان)؛ أي: نقصان أرضه؛ لأنه متعد، فيضمن النقصان.

(ويكبس)؛ أي: يكبس صاحب الحريم البئر الثاني بنفسه.

وقيل: لا يضمنه، بل يكبسه.

وما ذكره المصنف: أصح؛ كمن هدم جدار غيره.. كان لصاحب الجدار تضمين قيمة جداره، لا التكليف ببناء جداره.

وطريق ضمان النقصان: بأن تقوم الأرض قبل الحفر، وتقوم بعده.. فيضمن تفاوت ما [٦٧٢/أ] بينهما.

وما عطب في البئر الأولى.. فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعد في حفرها؛ أما إذا كان بإذن الإمام.. فظاهر.

وكذا: إذا كان بغير إذن الإمام عندهما؛ لعدم اشتراط إذن الإمام عندهما.

وأما عنده: فيجعل الحفر تحجيراً، وله ذلك بغير إذن الإمام، وإن لم يثبت له ملك إلا بإذنه.. فما عطب في الثاني فهو مضمون على الثاني؛ لأنه متعد في ملك غيره بحفره فيه.

ولو حفر الثاني بئراً في منتهى حريم الأولى بإذن الإمام، فذهب ماء البئر الأولى وتحول إلى الثانية.. فلا شيء عليه؛ لأنه غير متعد في نقله، والماء تحت الأرض غير مملوك لأحد.. فلا يكون له المخاصمة بسبب، كذا في «الزيلعي».

وَلهُ الْحَرِيمُ مِمَّا سوى حَرِيمِ الأَوَّلِ.

وللقناةِ حَرِيمٌ بِقدرِ مَا يُصلِحُها.

وَقيلَ: لَا حَرِيمَ لَهَا، مَا لم يظْهرْ مَاؤُهَا.

وَعِنْدَهُمَا: هِيَ كالبئرِ.

وإِنْ ظهرَ مَاؤُهَا.. فهِي كَالْعَيْنِ إِجْمَاعاً.

وَلَا حَرِيمَ لنهرٍ فِي أَرضِ الْغَيْرِ إِلّا بِحجَّةٍ.

وَعِنْدَهُمَا: لَهُ مَسناةٌ ....

(وله)؛ أي: للحافر الثاني الذي حفر فيما وراء حريم الأول (الحريم مما سوى حريم الأول)؛ يعني: للثاني حريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول؛ لسبق ملك الأول فيه.

(وللقناة)؛ أي: مجرى الماء تحت الأرض (حريم بقدر ما يصلحها)؛ أي: ما يحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه، ولم يقدر حريمه بشيء ممكن ضبطه.

(وقيل: لا حريم لها، ما لم يظهر ماؤها) على وجه الأرض عند أبي حنيفة.

(وعندهما: هي)؛ أي: القناة: (كالبئر) في استحقاقه الحريم.

وقيل: هذا قول محمد وحده.

(وإن ظهر ماؤها) على وجه الأرض (.. فهي كالعين) في استحقاق الحريم (إجماعاً)، فيقدر حريمها: بخمسمائة ذراع.

(ولا حريم لنهر في أرض الغير إلا بحجة) قامت على ذلك عند أبي حنيفة.

(وعندهما: له)؛ أي: لنهر في أرض الغير (مسناة) يمشي عليها، ويلقي عليها طينه من جانبي النهر؛ لأن استحقاق الحريم للحاجة إليه، وصاحب النهر يحتاج إليه مثل صاحب البئر والعين؛ لأنه يحتاج إلى المشي على حافتي النهر ليجري الماء إذا أحس بشيء وقع فيه؛ إذ لا يمكنه المشي في وسط الماء.

وكذا يحتاج إلى موضع يلقي فيه الطين عند الكري؛ لما في النقل إلى أسفله من الحرج ما لا يخفى.

ولأبي حنيفة: أن استحقاق الحريم في البئر والعين ثبت نصاً على خلاف القياس.. فلا يلحق بهما ما ليس في معناهما؛ لأن الحاجة فيهما متحققة في الانتفاع بهما؛ لأن بدون الحريم لا ينتفع، وفي النهر موهومة باعتبار الكري؛ فلعله لا يحتاج إليه أصلاً، نعم: يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في الماء إلى أسفله، لكنه دون الحرج فيهما.. فلا يلحق بهما؛ إذ شرط الإلحاق: أن يكون الفرع نظير الأصل، أو أولى [٦٧٢/ب] منه.

فإذا لم يستحق الحريم:

فإن تنازع في الحريم صاحب الأرض وصاحب النهر، وكل منهما يقول: حريم النهر ملكي.. كان ذلك لصاحب الأرض عند أبي حنيفة؛ لأن الظاهر يشهد له، والقول لمن يشهد له الظاهر، إلا أن يقيم صاحب النهر حجة على ذلك.

وعندهما: لما كان لصاحب النهر حريم.. كان الظاهر له، فكان القول هذا بناء على أن هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في استحقاق الحريم وعدمه؛ لأنه مبني على ثبوت اليد في الحريم وعدم ثبوتها فيه؛ فمن كان يده ثابتة.. كان الظاهر شاهداً له، وهذا اختيار بعض المشايخ.

وقال بعضهم: إن هذه مسألة مبتدأة لا مبنية على مسألة أخرى.

فعلى هذا: وجه قولهما: أن صاحب النهر يستعمل الحريم لاستمساك مائه به، والاستعمال: يد فيه، فكان القول قوله؛ كما لو تنازعا في ثوب وأحدهما لابسه.. كان القول له؛ لأنه صاحب يد بالاستعمال.

ولأبي حنيفة: أن الحريم أشبه بالأرض صورة ومعنى؛ لاتحاد المقصود فيهما، والظاهر شاهد لمن هو في يده ما أشبه به؛ كما لو تنازعا في مصراع باب ليس هو

بِقدرِ نصفِ عَرضِهِ مِن كُلِّ جَانبٍ عِنْدَ أبي يُوسُفَ.

وبقدرِ عَرضِهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَهُوَ الأرفقُ.

فالمَسناةُ بَينَ النَّهرِ وَالْأَرْضِ وَلَيْسَت فِي يَدِ أَحدِهما......................

في يدهما، والمصراع الآخر مركب على باب أحدهما.. كان القول له، فكذا هذا.

ولو كان صاحب النهر مستعملاً له بإمساك مائه به.. كان صاحب الأرض أيضاً مستعملاً له بدفع الماء به عن أرضه، فاستويا من هذا الوجه، وترجح صاحب الأرض من الوجه الذي ذكرناه، فكان الحريم له.

ونقل في «الزيلعي» عن كشف «الغوامض»: أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في نهر كبير لا يحتاج إلى الكري في كل حين؛ أما الأنهار الصغار التي يحتاج فيها إلى كريها في كل وقت.. فلا حريم بالاتفاق.

وقال في «قاضي خان»: ولو حفر نهراً في مفازة، أو في موضع لا يملك أحد بإذن الإمام.. قال أبو حنيفة: لا يستحق للنهر حريماً.

وقال صاحباه: يستحق مقدار أرض النهر من الجانبين في قول الطحاوي.

ومن كل جانب في قول الكرخي. انتهى.

فظهر أن الاختلاف المذكور ليس بمختص بما ذكره المصنف من كون النهر في ملك أحد.

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد في مقدار الحريم، وإليه أشار بقوله: (**بقدر نصف عرضه**)؛ أي: عرض النهر (**من كل جانب عند أبي يوسف**)، وهو اختيار الطحاوي، وعليه الفتوى، على ما في «الكرماني».

(**وبقدر عرضه**)؛ أي: من كل جانب (**عند محمد**)، وهو اختيار الكرخي.

(**وهو الأرفق**) لصاحب النهر؛ لأنه توسعة عليه [٦٧٣/أ].

(**فالمسناة**)؛ أي: إذا لم يكن لنهر في أرض الغير حريم.. فالمسناة الواقعة (**بين النهر**)؛ أي: بنهر رجل (**والأرض**)؛ أي: أرض رجل آخر، (**وليست**) المسناة (**في يد أحدهما**) جملة

لصَاحبِ الأَرْضِ؛ فَلَا يغْرسُ فِيهَا صَاحبُ النَّهرِ، وَلَا يلقِي عَلَيْهَا طِينَهُ، وَلَا يمرُّ.

وَقيلَ: لَهُ الْمُرُورُ وإلقاءُ الطِّينِ مَا لم يَفحُش.

وَعِنْدَهُمَا: هي لربِّ النَّهرِ.. فَلهُ ذَلِكَ.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ: أُخذَ بقولِ الإِمَامِ فِي الْغَرْسِ، وبقولِهما: فِي إِلْقَاءِ الطِّينِ.

وَمَن غرسَ شَجَرَةً فِي أَرضٍ موَاتٍ.. فَلهُ حريمها خَمْسَةُ أَذْرعٍ مِن كلِّ جَانبٍ، يَمْنَعُ غَيْرهُ مِنَ الْغَرْسِ فِيهِ.

حالية؛ إذ لو كانت في يد أحدهما.. فهي له، واليد تثبت؛ بأن يكون له عليها غرس أو طين ملقاة.

(لصاحب الأرض) عند أبي حنيفة، هذا خبر لقوله: «فالمسناة».

(فلا يغرس فيها صاحب النهر، ولا يلقي عليها طينه، ولا يمر) عليه؛ لأنه تصرف في ملك الغير.. فلا يقدر عليه.

(وقيل: له المرور وإلقاء الطين ما لم يفحش)؛ لجريان العادة فيه، والمعروف: كالمشروط.

(وعندهما: هي)؛ أي: المسناة الواقعة بينهما: (لرب النهر)؛ لما تقدم: أن له الحريم، (فله)؛ أي: لصاحب النهر (ذلك)؛ أي: الغرس وإلقاء الطين والمرور عليه.

(قال الفقيه أبو جعفر: أُخِذَ) على صيغة المتكلم (بقول الإمام في الغرس، وبقولهما في إلقاء الطين)، كذا في «الزيلعي».

(ومن غرس شجرة في أرض موات.. فله حريمها خمسة أذرع من كل جانب، يمنع غيره من الغرس فيه)؛ أي: في حريمه؛ لأنه يحتاج إلى الحريم لجذاذ

ثمره وللوضع فيه.

وروي: أن رجلاً غرس شجرة في أرض فلاة، فجاءه آخر وأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنبها، فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فجعل له ﷺ من الحريم خمسة أذرع، وأطلق الآخر فيما وراء ذلك.

* * *

(فَصْلٌ فِي الشِّرْبِ)

هُوَ النَّصِيبُ مِنَ الماءِ.

والشَّفةُ: شربُ بني آدمَ والبهائِمِ.

الْأَنْهَارُ الْعِظَامُ، كالفراتِ ودِجلةَ غيرُ مَمْلُوكَةٍ، ....

(فَصْلٌ فِي الشِّرْبِ)

(هو) بكسر الشين: (النصيب من الماء) نوبة الانتفاع بالماء سقياً للمزارع والدواب، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾.

واعلم: أن الماء نوعان:

أحدهما: الشرب، وهو الذي ذكره بقوله: هو النصيب من الماء، وله أحكام سيأتي ذكرها.

والثاني: الشِّفَة، وهو الذي ذكره بقوله: (**والشِّفَة: شرب بني آدم والبهائم**).

فالشرب: أعم من الشفة؛ لأن الشرب: هو النصيب المعين من الماء الجاري أو الراكد؛ لاستعمال بني آدم والبهائم، والمزارع والأشجار.

والشفة: هو النصيب من الماء؛ لاستعمال بني آدم والبهائم، فالزروع والأشجار: ليسا من أهل الشفة، بل من أهل الشرب.

ثم المراد بشرب بني آدم: هو استعمالهم الماء لدفع العطش، أو الطبخ، أو الوضوء، أو الغسل، أو غسل الثياب، أو نحوها مما يناسبهم.

وبشرب البهائم: استعمالهن للماء للعطش ونحوه، على ما سيظهر في الكتاب.

ثم شرع في بيان أحكامها فقال: (**الأنهار العظام؛ كالفرات ودجلة**) وجيحون وسيحون ونحوهما: (**غير مملوكة**) [٦٧٣/ب]؛ لأن هذه الأنهار ليس لأحد فيها يد

وَلكُلِّ أَحدٍ فِيهَا حقُّ الشَّفةِ، وَالْوُضوءِ، وَنصبُ الرَّحَى، وكريُ نهرٍ إِلَى أرضِهِ، إِنْ لم يَضُرَّ بالعامَّةِ.

على الخصوص؛ لأن قهر الماء يمنع قهر غيره باليد.. فلا يكون محرزاً في يد أحد والملك بالإحراز.

(**ولكل أحد**) من بني آدم (**فيها**)؛ أي: في الأنهار العظام (**حق الشفة**)؛ أي: الاستعمال بالشفة؛ أعني: الاستقاء، (و) حق (**الوضوء ونصب الرحى**) إن كانت تلك الأنهار في أرضه.

وإلا.. فلا يجوز.

وكذا: له نصب الساقية والدالية، (**وكري نهر إلى أرضه إن لم يضر**) الكري (**بالعامة**).

وإلا.. فلا يجوز؛ لأن دفع الضرر عنهم واجب.

وكذا: لكل من البهائم حق الشفة في تلك الأنهار.

والأصل في هذا: قوله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث؛ الماء، والكلأ والنار»، مروي عن ابن عباس.

والمراد: شركة انتفاع، لا شركة ملك؛ إذ لا ملك بلا إحراز.

والمراد بالماء: ما ليس بمحرز؛ لأن الماء المحرز مملوك لمن أحرز.. فلا يجوز الانتفاع به إلا بإذن مالكه.

والمراد بالكلأ: الحشيش الذي نبت بنفسه من غير أن ينبته أحد، ومن غير أن يزرعه ويسقيه، فلا يملكه أحد إلا بالقطع والحرز.

والمراد بالنار: الاستضاءة بضوئها، والاصطلاء بها، والإيقاد من لهبها، وليس لصاحبها أن يمنعه من ذلك إذا كان في الصحراء.

بخلاف ما لو أراد غيره أن يأخذ الجمر؛ لأنه ملكه، ويتضرر بذلك، فكان له أن يمنعه.

وَفِي الْأَنْهَارِ الْمَمْلُوكَةِ والحوضِ والبئرِ والقناةِ: لكُلِّ حقُّ الشّفةِ، إنْ لم يَخَفِ التخريبَ لِكَثْرَةِ الْمَوَاشِي، أَوِ الْإِتْيَانِ على جَمِيعِ المَاءِ.

لَا سقيُ أَرضِهِ أَو شَجَرِهِ، إِلّا بِإِذنِ مَالِكِهِ.

وَلهُ الْأَخْذُ للْوُضُوءِ وَغَسلِ الثِّيَابِ، وَسقيُ شجرٍ وخَضِرٍ فِي دَارِهِ بالجرارِ فِي الْأَصَحِّ.

(وفي الأنهار المملوكة) المخصوصة لقوم بغير إحراز، وكذا المراد بقوله: (والحوض والبئر والقناة: لكل) واحد من آحاد القوم والبهائم لهم (حق الشفة إن لم يخف التخريب)؛ أي: تخريب جانب النهر والحوض والبئر (لكثرة المواشي)؛ فإذا خيف التخريب بكثرة الدواب.. ليس لهم سقي دوابهم، بل لصاحب تلك المياه منعهم من سقي دوابهم.

(أو الإتيان على جميع الماء) معطوف على قوله التخريب.

والمراد بالإتيان على جميع الماء: إهلاكها، يقال: أتى عليه الدهر: أهلكه، كذا في «المصباح».

والحاصل: أن لكل من بني آدم والبهائم حق الشفة في كل من هذه المياه الأربعة إن لم يخف تخريب جانب المياه أو إهلاكه بكثرة الدواب والمواشي.

وإن خيف ذلك.. فليس للدواب حق الشفة؛ دفعاً للضرر عن صاحب الماء.

(لا سقي أرضه أو شجره) من تلك المياه أو الأنهار المملوكة والحوض والبئر والقناة.

(إلا بإذن مالكه)؛ لأنه يتضرر بذلك.. فلا بد من إذنه.

(وله الأخذ للوضوء، وغسل الثياب، وسقي شجر وخَضِر) بفتح الخاء وكسر الضاد المعجمتين معروف (في داره) متعلق بالسقي (بالجرار) جمع جرة [٦٧٤/أ]؛ يعني: أن له أن يسقي شجراً وخضراً بحمل الماء بالجرار إلى دوره.

(في الأصح)، كذا في «الهداية».

وعلله: بأن الناس يتوسعون فيه، ويعدون المنع من الدناءة.

واحترز بالأصح: عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ؛ لأنهم قالوا: ليس له أن يسقي شجراً أو خضراً في داره حملاً بالجرار إلا بإذن صاحب النهر والحوض والبئر.

وقال بعض مشايخنا: ليس له أن يأخذ الماء من تلك المياه الأربعة للوضوء وغسل الثياب أيضاً؛ لأن الشركة تثبت في حق الشفة لا غير.

وفي «الهداية»: والصحيح: أن له ذلك؛ دفعاً للحرج.

واختاره المصنف ولم يشر إلى الاختلاف فيه بذكر الصحيح كما أشار إليه في «الهداية»؛ لعدم اعتباره الاختلاف فيه.

واعلم: أن قوله: «في الأصح» على خلاف ما قال في «قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية»؛ قالوا: نهر لقوم، ولرجل أرض بجنبه ليس له شرب من هذا النهر.. كان لصاحب هذه الأرض أن يشرب ويتوضأ ويسقي دوابه من هذا النهر، وإن أراد أن يرفع منه بالقُرَب والأواني ويسقي زرعه أو شجره.. اختلف فيه المشايخ.

والأصح: أنه ليس له ذلك، ولأهل النهر أن يمنعوه.

وإن أراد قوم ليس لهم شرب من هذا النهر أن يسقوا دوابهم منه.. قالوا: إن كان الماء لا ينقطع بسقي الدواب، ولا يفنى.. ليس لأهل النهر أن يمنعوهم، وإن انقطع الماء بسقيهم؛ بأن كان الدواب كثيراً.. كان لهم حق المنع.

وقال بعضهم: إن كان ينكر صفة النهر ويخرب بالسقي.. كان لهم حق المنع، وإلا.. فلا.

وكذا العين والحوض الذي دخل فيه الماء بغير إحراز واحتيال، فهو بمنزلة النهر الخاص. انتهى.

فإن الذي ظهر منه: أن المراد بالنهر الخاص الذي ذكر في هذه الفتاوى: هو

وَمَا أُحرِزَ مِنَ المَاءِ بجبٍّ أَو كُوزٍ وَنَحْوِهِ.. لَا يُؤْخَذَ إِلّا برضِا صَاحِبِهِ.

الذي ذكره المصنف في النوع الثاني بقوله: «والأنهار المملوكة»، فكان الأصح في رفع الماء بالقرب والأواني بسقي شجره وزرعه.. على خلاف ما ذكره المصنف.

(وما أحرز من الماء بجب) الجُبُّ بضم الجيم[1]: هو البئر، على ما في «المصباح» و«القاموس»، والمراد ههنا: الكوز الكبير المصنوع من الطين، كما هو المشهور.

(أو كوز ونحوه.. لا يؤخذ إلا برضا صاحبه)؛ لأن هذا النوع من الماء صار مملوكاً بالإحراز، وانقطع حق غيره عنه؛ كما في الصيد المأخوذ، إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة؛ نظراً إلى الدليل، وهو قوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث؛ الماء والكلأ والنار».

حتى لو سرقه إنسان في موضع يعزّ وجوده، وهو يساوي نصاباً.. لم تقطع يده، قال في «الخلاصة» نقلاً [٦٧٤/ب] عن «الفتاوى»: لو صب ماء حب إنسان.. يقال له: املأه، وإن اضطر إليه.. فحينئذٍ ينتفع به؛ أذن صاحبه، أو لم يأذن.

هذا، واعلم: المصنف ذكر إلى هنا أنواعاً ثلاثة من المياه:

الأول: ما هو في نهاية العموم؛ كالأنهار العظام المذكورة.

الثاني: ما هو في غاية الخصوص؛ كالماء المحرز بالحب ونحوه.

الثالث: ما هو متوسط بينهما، وهو الأنهار المملوكة والحياض والآبار.

وههنا نوع رابع، ذكره في «قاضي خان» و«الهداية»، ولم يذكره المصنف، وهو: ماء البحار.

وحكمه: أن لكل أحد من الناس فيها حق الشفة، وحق سقي الأراضي،

---

(١) هكذا ذكره المصنف رحمه الله تعالى (الجب) بالجيم، والصواب: (الحب) بالحاء؛ كما في «شرح المجمع» (٢٣٦/٤)، ومخطوط «الملتقى» (٤١٩).
والحب: الجرّة؛ صغيرة أو كبيرة. «تاج العروس».

وَله بَيْعُهُ.

وَلَو وُجِدَ الْبِئْرُ أَو الْعينُ أَو النَّهرُ فِي ملكِ أَحَدٍ..

والانتفاع به؛ كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء.. فلا يمنع أحد منه.

وهل يجوز التوضؤ بماء السقاية؟

ففي «قاضي خان»: اختلفوا في التوضؤ بماء السقاية:

جوزه بعضهم.

وقال بعضهم: إن كان الماء كثيراً.. يجوز، وإلا.. فلا.

وكذا: كل ما أعد للشرب، حتى قالوا في الحياض التي أعدت للشرب.. لا يجوز فيه التوضؤ، ويمنع منه، وهو الصحيح.

ويجوز أن يحمل ماء السقاية إلى بيته لشرب أهله. انتهى.

والمراد بالسقاية ههنا: هو المتخذ في الجوامع والأسواق والزقاق بإناء كبير، وعنده كيزان صغار ليشرب بها؛ كما هو المعروف في أكثر البلدان في أيام الصيف مبرداً بالثلج، لا السقاية التي كانت في الزقاق والطريق العامة، المسمى بجشمة؛ لأنها لم تعد لمحض الشرب، بل للتوضؤ وغيره أيضاً.

(**وله بيعه**)؛ أي: بيع الماء المحرز؛ لأنه ملكه بالحرز، فيملك تمليكه.

بخلاف ما ذكر في النوع الثاني من المياه؛ فإنها ليست بمحرزة.. فلا يملك تمليكه، قال في «قاضي خان»: الماء المحرز بالأواني لا ينتفع به إلا بإذن من أحرزه، ويملك تمليكه كسائر أنواع التمليك؛ نحو: البيع والوصية وغير ذلك، ولو مات.. يورث عنه.

(**ولو وجد**)، وفي بعض النسخ: «كان» بدل «وجد» (**البئر أو العين أو النهر**) أو الحوض - على ما في «الزيلعي» - (**في ملك أحد**).

فَلهُ منعُ مَن يُرِيدُ الشَّفةَ مِنَ الدُّخُولِ.

فإِنْ لم يَجِدْ غَيرَهُ.. لزِمَهُ أَنْ يُخرِجَ إِلَيْهِ المَاءَ، أَو يُمكِّنَهُ مِنَ الدُّخُولِ.

فإِنْ لم يَفْعَلْ وَخِيفَ الْعَطَشُ.. قُوتِلَ بِالسِّلَاحِ.

وَفِي المُحَرزِ: يُقَاتَلُ بِغَيْرِ سلَاحٍ؛ ....

إنما قال: «في ملك أحد»؛ لأنه لو اختص في أرض موات.. ليس له أن يمنعه؛ لأن الموات كان مشتركاً، والحفر فيه لإحياء حق مشترك.. فلا تقطع الشركة في الشفة.

(.. فله منع من يريد الشفة)؛ أي: أخذ الماء بحق الشفة.

ومع هذا: لو أخذ الماء منه.. ليس له أن يسترده على ما صرح به في «البزازية».

وقال في «قاضي خان»: ليس لأحد أن يسقي أرضه أو زرعه من نهر الغير أو عينه أو قناته؛ اضطر لذلك أو لم يضطر، وإن سقى أرضه أو زرعه بغير إذن صاحب النهر.. فلا ضمان عليه فيما أخذ من الماء.

وإن أخذ [٦٧٥/أ] مرة بعد مرة.. يؤدبه السلطان بالضرب والحبس إن رأى ذلك. انتهى.

(من الدخول) في ملكه؛ إذا كان يجد الماء في مكان آخر.

(فإن لم يجد غيره)؛ أي: غير ذلك الماء (.. لزمه)؛ أي: لزم المالك (أن يخرج إليه الماء، أو يمكنه من الدخول) في ملكه.

(فإن لم يفعل) صاحب الماء شيئاً من إخراج الماء والتمكين من الدخول، (وخيف)؛ [أي: خاف] الطالب (العطش) على نفسه، أو على دابته (..قوتل بالسلاح)؛ لأنه قصد إتلافه بمنع حقه، وهو: الشفة.

والماء في البئر مباح غير مملوك؛ لعدم الحرز؛ لأن البئر لم يوضع للإحراز؛ كالظبي إذا تكنس في أرضه.

(وفي المحرز) في الإناء وغيره من أسباب الحرز: (يقاتل بغير سلاح)، بل

كَمَا فِي الطَّعَامِ حَالَ المخمَصَةِ.

بعصاء أو حجر؛ لأنه بالمنع ارتكب معصية، فقام ذلك مقام التعزير؛ (كما في الطعام حال المخمصة)؛ فإن لطالبه أن يخاصمه بلا سلاح، بل بنحو عصا؛ إذ ليس فيه منع حقه المستحق حتى يقاتل بالسلاح، بل كان ارتكب معصية بالمنع، فيستحق التعزير.

وحكم الكلأ إذا نبت في أرض شخص بغير إنبات: مثل حكم الماء؛ حتى إذا كان في أرض مملوكة.. قيل للمالك: إما أن تقطع وتدفع إليه، وإلا.. تتركه ليأخذ قدر ما يريد منه.

بخلاف الشجر إذا نبت في أرض إنسان بغير إنبات.. يكون لصاحب الأرض، كذا في «قاضي خان».

* * *

(فَصْلٌ [فِي كَرْيِ الأَنْهَارِ])

وَكريُ الْأَنْهَارِ الْعِظَامِ مِن بَيتِ المَالِ، وإِنْ لم يكُن فِيهِ شَيْءٌ.. فعلَى الْعَامَّةِ.

وكريُ مَا مُلِكَ: على أربابِهِ، لَا على أَهلِ الشَّفَةِ.

(فَصْلٌ [فِي كَرْيِ الأَنْهَارِ])

لما فرغ عن مسائل الشرب.. شرع في ذكر مؤونة كري الأنهار التي كان الشرب منها.

فاعلم: أن الأنهار ثلاثة:

منها: ما يكون كريه على السلطان.

[**ومنها**: ما يكون كريه على أصحاب النهر، وإذا امتنعوا.. يجبرون على ذلك][1]

ومنها: ما يكون كريه على أصحاب النهر، وإذا امتنعوا.. لا يجبرون، وقد ذكرناها في باب العشر والخراج ولنذكر ههنا إجمالاً تيمماً للفائدة.

أما الأول: وهو الأنهار العظام التي لم تدخل في المقاسم؛ كالفرات والدجلة، على ما تقدم في الشرب؛ فإذا احتاج هذا النوع إلى الكَرْي.. فمؤنة الكَرْي وإصلاح شطه على السلطان من بيت المال، ولذا قال: (**وكري الأنهار العظام من بيت المال**)؛ لأن منفعة كَرْيِه للعَامّة، وبيت المال وضع لمصالح العامة.

(**وإن لم يكن فيه**)؛ أي: في بيت المال (**شيء.. فعلى العامة**)؛ يعني: يجبر العامة على الكري بعد إن لم يكن في بيت المال شيء؛ لأن منفعته للعامة، وقد تقدم أحكام هذه الأنهار في الشرب.

(**وكري ما مُلِك**) على صيغة المجهول (**على أربابه، لا على أهل الشفة**)؛ لأنهم لا يخصون به.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان» (٣/١١١).

وَيُجْبَرُ مَن أَبى.

(ويجبر) على الكري (من أبى)؛ أي: امتنع من [٦٧٥/ب] الكري؛ لأن فساد ذلك يرجع إلى العامة، وفيه تقليل الماء على أهل الشفة، وعسى يؤدي ذلك إلى عزة الطعام.

فإذا كانت منفعته تعود إليهم، وضرر تركه إلى العامة.. أجبرهم السلطان على الكري؛ دفعاً لضرر العامة.

ولم يذكر المصنف النوع الثالث؛ أعني: ما يكون كريه على أصحابه، ولا جبر عليهم إذا امتنعوا، وفسره في «قاضي خان»: بالنهر الخاص.

واختلفوا في تفسيره على أقوال:

قيل: إن كان النهر لعشرة فما دونها، أو عليه قرية واحدة يفنى ماؤه فيها.. فهو خاص.

وقيل: إن كان لما دون الأربعين.. فخاص، ولما فوقه.. فعام.

وقيل: إن كان لما دون المائة.. فخاص.

وقيل: إن كان لما دون الألف.. فخاص.

وأصح ما قيل فيه: أن يفوض إلى رأي المجتهد، حتى يختار أي الأقاويل شاء.

ثم في النهر الخاص لو أراد بعض الشركاء الكري، وامتنع الباقون.. قال أبو بكر البلخي: لا يجبرهم الإمام.

ولو كرى الذين طلبوا الكري والحفر.. كانوا متطوعين.

وقال أبو بكر الإسكاف: يجبرون على ذلك.

وقال الخصاف: إن القاضي يأمر الذين طلبوا الكري بالكري؛ فإذا فعلوا ذلك.. كان لهم منع الآخرين عن الانتفاع به حتى يدفعوا إليهم حصصهم من مؤنة الكري.

وهكذا روي عن أبي يوسف.

ومؤنتُهُ عَلَيْهِم مِن أَعْلَاهُ.

وَإذا جَاوزَ أَرضَ رَجُلٍ.. سَقَطَتْ عَنهُ.

وَلَيْسَ لَهُ سقيُ أَرضِهِ مَا لم يفرَغْ شركاؤُهُ.

وَقيلَ: لَهُ ذَلِكَ.

وَعِنْدَهُمَا: هي عَلَيْهِم جَمِيعاً مِن أَوَّلِهِ، إِلَى آخِرِهِ بحصصِ الشّرْبِ.

وإن أراد كلهم ترك الكري.. لا يجبرهم الإمام في ظاهر الرواية.

وقيل: يجبر.

والاعتماد: على الظاهر.

(ومؤنته)؛ أي: مؤنة الكري (عليهم)؛ لأن منفعته إليهم، فتكون مؤنته عليهم، لأن الغرم بالغنم.

(من أعلاه)؛ أي: يبدأ الكري من أعلى النهر، هكذا روي عن أبي حنيفة.

وقيل: من أسفله؛ لئلا يكون له سبيل إلى فتح الماء إلى أرضه قبل أن يفرغ الكل عن الكري؛ إذ لو كان ابتداؤه من أعلاه.. كان له أن يفتح إذا جاوز أرضه.

(وإذا جاوز) الكري (أرض رجل) من الملاك (.. سقطت عنه) مؤنة الكري، وكان الكري على من بقي.

(وليس له)؛ أي لذلك الرجل (سقي أرضه ما لم يفرغ شركاؤه) عن الكري؛ نفياً لاختصاصه به.

(وقيل: له ذلك)؛ أي: سقي أرضه بفتح الماء إليه؛ لانتهاء مؤنة الكري في حقه، فله أن يفتح الماء ويسقي أرضه. كذا في «الهداية».

وهذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: هي)؛ أي: مؤنة الكري (عليهم جميعاً، من أوله)؛ أي: أول النهر (إلى آخره بحصص الشرب) والأراضي.

وتَصِحُّ دَعْوَى الشِّرْبِ بِلَا أَرضٍ.

لهما: أن صاحب الأعلى كما ينتفع بكري الأعلى.. كذلك ينتفع بكري الأسفل؛ لتسييل فضل الماء؛ فإنه إذا سد الأسفل.. طغى الماء فأفسد أرضه.

ولأبي حنيفة: أن الكري مؤنة الملك، فيكون على المالك، ولا ملك لصاحب الأعلى [٦٧٦/أ] فيما جاوز ملكه، وإنما ينتفع بما جاوز ملكه بملك الغير.. فلا يلزمه المؤنة بحكم المنفعة؛ كمن له مسيل ماء على سطح جاره، لا يكون عليه عمارة سطح الجار.

ولهذا: لا يجب على أهل الشفة الكبرى بحكم المنفعة.

وفي «قاضي خان»: والفتوى: على قول أبي حنيفة.

هذا فيما جاوز الكري أرضه.

وأما إذا لم يجاوز بل انتهى الكري إلى وسط أرضه، وفي وسط أرضه فوهة يسقي منها أرضه.. فهل تسقط مؤنة الكري أم لا تسقط؟

ففي «قاضي خان»: وإن كان فوهة النهر لأرضه في وسط أرضه، فكري إلى فوهة النهر، هل يسقط عنه الكري؟

اختلفوا فيه على قول أبي حنيفة:

قال بعضهم: يسقط، ويرفع عنه الكري.

وقال بعضهم: لا يسقط ما لم يجاوز أرضه. وهو الصحيح؛ لأن له أن يفتح الماء في أرضه في أوله وآخره. انتهى.

قيد بقول أبي حنيفة؛ لأنه على قولهما لا يسقط؛ لأنها عليهم جميعاً من أوله إلى آخره كما تقدم.

(وتصح دعوى الشِّرب) بكسر الشين بلا أرض في الاستحسان.

والقياس: أن لا تصح (بلا أرض)؛ لأن شرط صحة الدعوى: إعلام المدعي في الدعوى والشهادة، والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ولأنه يطلب من

وَمن كَانَ لَهُ نهرٌ يجْرِي فِي أَرضِ غَيرِهِ، فَأَرَادَ ربُّ الأَرْضِ منعَ الإِجراءِ.. فَلَيْسَ لَهُ ذَلِك.

فإِنْ لم يكن فِي يَدِهِ، أَو لم يكن جَارِياً فَادّعى أَنَّهُ لَهُ، وَقصدَ إِجراءَهُ.. لَا يُسمَعُ بِلَا بَيّنَةٍ: أَنَّهُ لَهُ، وأَنَّهُ كَانَ لَهُ حقُّ الإِجراءِ.

القاضي أن يقضي له بالملك في المدعي إذا ثبتت دعواه بالبينة، والشرب لا يحتمل التمليك بدون أرض.. فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة؛ كالخمر في حق المسلمين.

وجه الاستحسان: أن الشرب مرغوب فيه، منتفع به، ويمكن أن يملك بغير أرض بالإذن والوصية، وقد تباع الأرض دون الشرب.. فيبقى له الشرب وحده؛ فإذا استولى عليه غيره.. كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه فيه بالبينة.

(**ومن كان له نهر يجري في أرض غيره، فأراد رب الأرض منع الإجراء.. فليس له ذلك**)؛ أي: المنع، بل يجري على ما كان؛ لأن موضع النهر، من أرض في يد رب النهر، مستعملاً له بإجراء مائه فيه، فعند الاختلاف.. يكون القول قوله بشهادة الظاهر.

(**فإن لم يكن**) النهر (**في يده**)؛ بأن لم يكن مستعملاً بإجراء ماء فيه، أو لم يكن أشجاره في طرفي النهر، (**أو لم يكن جارياً**)، هكذا في النسخ بكلمة «أو»، والذي وقع في «الهداية» و«الزيلعي» بكلمة «الواو» هكذا: «فإن لم يكن في يده، ولم يكن جارياً» وهو الظاهر.

(**فادعى: أنه له**)؛ أي: رقبة النهر له (**وقصد إجراءه**)؛ أي: ادعى حق المجرى في النهر لا رقبة النهر (.. **لا يسمع بلا بينة: أنه له**)؛ أي: رقبة النهر له؛ فإذا أقامها.. يقضى له بالملك؛ لإثباته [٦٧٦/ب] بالحجة.

(**وأنه كان له حق الإجراء**) في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها؛ فإذا أقام بينة.. يقضى له بحق الإجراء، لا بملك الرقبة.

وعَلى هَذَا: المصبُّ فِي نهرٍ، أَو على سطحٍ، أَوِ الميزابُ، والممشى فِي دَارِ الْغَيْرِ.

(وعلى هذا: المصب)؛ أي: موضع اجتماع ما فضل من الماء، كذا فسره في «الكفاية».

(في نهر، أو على سطح، أو الميزاب) عطف على المصب، (والممشى)؛ أي: موضع المشي (في دار الغير)؛ يعني: حكم الاختلاف بين المدعيين في هذه الأمور: مثل الاختلاف في الشرب.

واعلم: أن ههنا ثلاث مسائل:

مسألة النهر في أرض الغير.

ومسألة الميزاب.

ومسألة الممشى في دار الغير.

• **أما مسألة الميزاب والنهر..** فكما ذكره المصنف، وتفصيله: ما ذكره في دعوى «الخانية»؛ حيث قال: إذا كان للرجل ميزاب في دار رجل، فأراد رب الدار أن يمنعه من أن يسيل فيه الماء.. فله منعه، حتى تقوم البينة أن له حق تسييل الماء فيه.

ولصاحب الدار أيضاً أن يقطعه الميزاب.

وذكر في كتاب الشرب: نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء، واختلفا في ذلك.. فالقول قول صاحب الماء.

إلا أن في مسألة كتاب الشرب وضع المسألة فيما إذا كان الماء جارياً وقت الخصومة، وإذا كان الماء جارياً وقت الخصومة.. لا شك أنه يكون القول قول صاحب الماء، إلا أن يقيم صاحب الأرض بينة أن النهر ملكه.

وكذلك إذا لم يكن جارياً وقت الخصومة، إلا أنه علم أنه كان يجري إلى أرض هذا الرجل قبل ذلك.. كان القول قول صاحب الماء، ويقضى له بالنهر.

إلا أن يقيم صاحب الأرض بينة أن النهر ملكه.

حتى إنّ في مسألة النهر إذا لم يكن الماء جارياً إلى أرض هذا الرجل وقت الخصومة، ولم يعلم جريانه إلى أرضه قبل ذلك.. فإنه يقضى لصاحب الأرض بالنهر.

إلا أن يقيم صاحب الماء بينة أن النهر ملكه.

وفي مسألة الميزاب: وضع المسألة فيما إذا لم يكن الماء جارياً وقت الخصومة، ولا يقيم جريانه قبل ذلك.

وإذا كان كذلك.. فصاحب الماء لا يكون صاحب يد في هذه الحالة، ولا يقبل قوله.

وهذا بلا خلاف بين المشايخ.

وأما إذا كان الماء جارياً في الميزاب وقت الخصومة.. فقد اختلف المشايخ فيه:

منهم من قال: القول قول صاحب الميزاب؛ كما في مسألة النهر.

ومنهم من قال: لا يقبل قول صاحب الميزاب.

وذكر الفقيه أبو الليث عن المتأخرين من أصحابنا: أنهم استحسنوا في الميزاب إذا كان تصويب سطح صاحب الميزاب إلى موضع الميزاب، وعلم أن التصويب [٦٧٧/أ] قديم لم يحدثه الميزاب ببينة، فشهدوا: أنهم رأوه يسيل فيه الماء.. فليست هذه الشهادة بشيء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

فإن شهدا أن له مسيل ماء في هذا الميزاب:

فإن بينوا أنه لماء المطر أو لماء الوضوء أو لماء الاغتسال.. فلا شك أن هذه الشهادة مقبولة، فيكون له ما شهدوا له به.

وإن شهدوا أنه لماء المطر.. فهو لماء المطر.

وإن شهدوا أنه لماء الوضوء والاغتسال.. فهو لماء الوضوء والاغتسال، وليس له أن يسيل فيه ماء المطر.

وإن لم يثبتوا شيئاً من ذلك.. ذكر في الكتاب: أن الشهادة مقبولة.

واختلف فيه؛ منهم من قال: المسألة مؤوّلة، وتأويلها: أنهم شهدوا على إقرار صاحب الدار [أن له][1] مسيل ماء في داره من هذا الميزاب وإذا كان هكذا.. لا شك أن الشهادة تقبل.

وأما إذا شهدوا على البتات، ولم يبينوا شيئاً.. اختلفوا فيما بينهم: أنه إذا قبلت هذه الشهادة ماذا يثبت؟

بعضهم قالوا: يثبت تسييل ماء المطر.

ومنهم من قال: يثبت كلا الأمرين؛ حق تسييل ماء المطر وحق تسييل ماء الوضوء والاغتسال جميعاً.

ومنهم من قال: يؤمر صاحب الدار بالبيان؛ فإن قال: هو لماء الوضوء.. فهو لماء الوضوء لا غير، وإن قال: لماء المطر.. فهو لماء المطر لا غير، ويحلف الآخر.

وإن شهدوا: أنه مسيل ماء دائم للوضوء والاغتسال وماء المطر.. فهو جائز، ويثبت جميع ذلك.

ولو لم يكن للمدعي بينة أصلاً.. استحلف صاحب الدار، ويقضى فيه بالنكول. انتهى.

• **وأما مسألة الممشى**.. فقال في «الخانية» أيضاً: قال محمد: رجل له باب من داره في دار رجل، فأراد أن يمر من ذلك الباب، ومنعه صاحب الدار من المرور في داره، فقال: ليس لك حق المرور في داري، وادعى صاحب الباب أن له حق المرور.. فالقول قول صاحب الدار، وعلى الخارج البينة.

(١) زيادة من «المحيط» (٩/١٤٠).

فإن جاء بشهود شهدوا أنه كان يمر فيها من هذا الباب.. لم يستحق بذلك شيئاً، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

وإن شهدوا: أن له طريقاً ثابتاً فيها، وسموا حدوده وبينوا طوله وعرضه بالذرعان.. قبلت شهادتهم، وقضي له بذلك.

وكذلك: إن لم يبينوا حدوده، ولا طوله، ولا عرضه.. تقبل شهادتهم، ويقضى به بقدر عرض الباب الأعظم عرضاً، وإلى السماء طولاً.

ومن المشايخ من قال: المسألة مؤوّلة؛ تأويلها: أنهم شهدوا على إقرار المدعى عليه: أن للمدعي طريقاً ثابتاً في هذه الدار؛ أما لو شهدوا على البتات.. لا تقبل شهادتهم.

والأصح: أن هذه الشهادة مقبولة على كل حال. انتهى.

[٦٧٧/ب] قال في «الخلاصة» و«البزازية»: رجل له داران، مسيل أحدهما على سطح الآخر، فباع الدار التي عليها المسيل بكل حق له فيها، ثم باع الأخرى من آخر، فأراد المشتري الأول أن يمنع المشتري الثاني من إسالة الماء على سطحه.. له ذلك، إلا أن يكون اشترط عليه وقت البيع: أني لم أبع منك مسيل الماء في الدار التي بعت منك.

وفي «النوازل»: له داران متلاصقان، إحداهما عامرة، والأخرى خربة، فباع الخراب، وكان مصب الدار العامرة [وملقى] ثلجها في الدار الخربة، فأراد المشتري المنع.. قال الفقيه أبو بكر: إن استثنى البائع لنفسه مسيل الماء في الخراب.. جاز.

وإن ملقى الثلج.. لا؛ لعدم العرف فيه.

وقال الفقيه أبو الليث: إن كان له ميزاب، ومسيل سطوحه إلى هذا الجانب، وعرف أن ذلك قديم.. فمسيله على حاله وإن لم يشترط.

وَإِنِ اخْتَصَمَ جَمَاعَةٌ فِي شِرْبٍ بَيْنَهُم.. قُسِمَ عَلَى قَدْرِ أَرَاضِيهِم، ....

وكذا: لو كان مسيل سطوحه إلى دار رجل وله فيها ميزاب قديم.. فليس لصاحب الدار منعه في الاستحسان، وبه نأخذ، وعليه الفتوى.

وأما أصحابنا: فأخذوا بالقياس وقالوا: ليس له ذلك، إلا أن يبرهن أن له حق المسيل.

ولو شهدوا: أنهم رأوه يسيل الماء.. فليست هذه بشهادة.

ولو شهدوا: أنه مسيل ماء المطر.. فهو لماء المطر.

ولو شهدوا: أنه مسيل ماء دائم للوضوء والغسل والمطر.. جاز.

وإن لم يبينوا.. فالقول لرب الدار.

وإن لم تكن بينة.. يستحلف صاحب الدار، ويحكم بالنكول.

رجل له مجرى ماء على سطح دار، فخرب السطح.. فإصلاحه على رب السطح؛ كالسفل مع العلو، ولا يجبر على العمارة، ويقال للذي له حق الإجراء: ضع ناوِقاً في مقام الجري على سطح الجار لتنفيذ الماء إلى مصبه.

وذكر في حيطان «الخلاصة» أيضاً: ولو كان له طريق في دار رجل، أراد أهل الدار أن يبينوا في مساحة الدار ما يقطع طريقه.. لم يكن لهم ذلك، وينبغي أن يتركوا من ساحة الدار عرض باب الدار.

داران لجارين، سطح إحداهما أعلى، ومسيل ماء العليا على الأخرى، فأراد صاحب السفلى أن يرفع سطحه أو يبني على سفله بناء.. له ذلك، وليس للجار منعه، لكن يطالبه حق تسييل مائه إلى طرف الميزاب.

ولو انهدم السفل، أو هدمه المالك.. ليس للآخر أن يكلف بالعمارة لأجل إسالة الماء، لكن يبني هو، ويمنع صاحبه من الانتفاع.

(**وإن اختصم جماعة في شرب**) مشترك (**بينهم**)، ولم يعرفوا كيف كان أصله، فاختلفوا فيه (.. **قسم**) الشرب بينهم (**على قدر أراضيهم**)؛ لأن المقصود بالشرب:

وَيَمْنَعُ الْأَعْلَى من سَكْرِ النَّهرِ بِلَا رِضاهُم وإِنْ لم تشرَب أرضُهُ بِدُونِهِ.

بِسقي الأراضي، والحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الأراضي وكثرتها، والظاهر: أن حق كل واحد [٦٧٨/أ] منهم من الشرب بقدر أرضه وبقدر حاجته.

بخلاف الطريق إذا اختلف فيه الشركاء؛ حيث يستوون في ملك رقبة الطريق، ولا يعتبر في ذلك بسعة الدار وضيقها؛ لأن المقصود فيها: الاستطراق، وهو لا يختلف باختلاف الدار.

لا يقال: قد استووا في إثبات اليد على النهر، فوجب أن يستووا في الاستحقاق؛ لأنا نقول: الماء لا يمكن إثبات اليد عليه حقيقة؛ إذ لا يمكن إحرازه، وإنما ذلك بالانتفاع، والظاهر: أن الانتفاع متفاوت بتفاوت الأراضي، فيتفاوت الإحراز الذي هو في ضمن الانتفاع، فيكون في يد كل أحد منهم بحسب ذلك.

(ويمنع الأعلى) من تلك الجماعة (من سَكْر) بسكون الكاف بمعنى السد (النهر) على الأسفل (بلا رضاهم)؛ أي: رضاء الشركاء (وإن) وصلية (لم تشرب أرضه)؛ أي: أرض الأعلى (بدونه)؛ أي: بدون السكر؛ لأن في ذلك إبطال حق الباقين.. فلا يجوز، ولكنه يشرب بحصته.

فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته، أو اصطلحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته.. جاز؛ لأن الحق لهم، وهو المانع من السكر؛ فإذا رضي كلٌّ.. زال المانع.

إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح ونحوه.. لا يسكر بالطين والتراب ونحوهما مما ينكبس به النهر من غير تراض؛ لكونه إضراراً بهم. كذا في «الهداية».

وقال في «الخلاصة»: والمختار: أنه إذا لم يمكنه سقي أرضه من غير سكر.. رفع الأمر إلى القاضي، فيأمرهم بالمهايأة؛ فإن اصطلحوا على أن يسكر كل شارب يومه.. جاز. انتهى.

وقال في «الزيلعي»: ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري إلى أرض كل

وَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُم:
أَنْ يشقَّ مِنْهُ نَهراً.
أَو ينصُبَ عَلَيْهِ رحىً أَو داليةً أَو جِسْراً بِلَا إِذن الْبَقِيَّةِ، إِلَّا رحىً فِي مِلكِهِ......

واحد منهم إلا بالسكر.. فإنه يبدأ بأهل الأسفل حتى يرووا، ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا لقول ابن مسعود: «أهل النهر الأسفل أمراء على أهل الأعلى حتى يرووا»؛ فإن هذا يوجب بداء أهل الأسفل.

(وليس لواحد منهم)؛ أي: من تلك الجماعة (أن يشق منه)؛ أي: من النهر المشترك بينهم (نهراً) صغيراً إلى أرضه، (أو ينصب عليه)؛ أي: على النهر المشترك (رحى أو دالية أو جسراً بلا إذن البقية)؛ لما فيه من الإضرار بهم.

فإذا أذنوا بذلك.. جاز؛ لزوال المانع.

(إِلَّا رحى في ملكه)؛ لأنه في خالص ملكه، فلا يمنع من التصرف فيه، وليس فيه تنقيص الماء، ولا تغييره عن سنته.. فيجوز.

قال في «الزيلعي»: والدالية والسانية: بمنزلة الرحى، بخلاف القنطرة والجسر؛ فإن فيهما إشغال الموضع المشترك.. فيمنع منه ولو في [٦٧٨/ب] ملكه، ولا يكون ذلك إلا برضاهم. انتهى.

فعلى هذا: ينبغي أن تستثنى الدالية والسانية مثل الرحى.

الدالية: جذع طويل مركب تركيب مداق الأُرز، وفي رأسه مغرفة كبيرة.

والسانية: البعير يستقى عليه من البئر.

والجسر: اسم لما يوضع ويرفع على الماء مما يكون متخذاً من الخشب والألواح.

والقنطرة: مما يتخذ من الحجر والآجر، [يكون][1] موضوعاً لا يرفع.

(١) زيادة من «الزيلعي» (٤٢/٦).

وَلَا تضرُّ بالنَّهرِ وَلَا بمائِهِ.

وَلَا أَنْ يُوسِّعَ فَمَ النَّهرِ.

وَلَا أَنْ يقسِمَ بِالْأَيَّامِ، أَو مُنَاصَفَةً بعدَ كَونِ الْقِسْمَةِ بالكِوَى.

وَلَا أَنْ يزِيدَ كوَّةً وإِنْ لم تضرَّ بالباقِين.

وَلَا أَن يَنقُصَ بعضَ كُواهُ.

(**ولا تضر**) الرحى الذي نصبه في ملكه (**بالنهر**) بكسر ضفته ومسناه، (**ولا بمائه**) بتنقيصه أو تغييره عن سننه الذي كان يجري عليه.

(**ولا**)؛ أي: ليس لواحد منهم (**أن يوسع فم النهر**)؛ لأن فيه كسر ضفته، ويزيد به على مقدار حقه في أخذه الماء.

(**ولا أن يقسم**) الشرب (**بالأيام أو مناصفة بعد كون القسمة بالكوى**) جمع كوة: ثقب في الخشب ليجري الماء فيه إلى المزارع والجداول.

وهذا: لأن القديم يترك على حاله؛ لظهور الحق فيه، فتبقى على القسمة الأولى، وهو ما يكون بالكوة.

(**ولا أن يزيد كوة**)؛ يعني: لو كان لكل واحد منهم كوة مسماة في نهر خاص.. لم يكن لواحد منهم أن يزيد كوة.

(**وإن لم تضر**) الزيادة (**بالباقين**)؛ لأن الشركة خاصة.

بخلاف ما لو كانت الكوى في النهر العظيم؛ فإن لكل واحد منهم أن يشق نهراً منه ابتداء، فكانت الكوى: بطريق الأولى.

(**ولا أن ينقص بعض كواه**)؛ لما ذكرناه من أن الشركة خاصة.

وفي «الخلاصة»: من كان له شرب في أرضه في أسفل النهر، ففتح ذلك في أعلاه.. ليس له ذلك.

بخلاف ما إذا جعل باب داره في أعلى حائط له.. فإن له ذلك.

وَلَا أَنْ يَسُوقَ شُربَهُ إِلَى أَرضٍ أُخْرَى لَهُ لَيْسَ لَهَا مِنْهُ شِربٌ.

فَإِنْ رضيَ الْبَقِيَّةُ بِشَيْءٍ مِن ذَلِكَ.. جَازَ، ....

وعن الإمام السرخسي: أن له أن يجعل شربه أعلى وأسفل؛ مثل باب داره، يجعله في أعلى حائط له أو أسفله.

وذكر مثله في «الزيلعي» أيضاً؛ حيث قال: إذا أراد أن يسفل كوة له، أو يرفعها من حيث العمق والسمك في مكانه.. يكون له ذلك في الصحيح؛ لأن التسفل والترفع من حيث العمق لا يؤدي إلى تغيير موضع [القسمة][1]... فلا يمنع منه.

(**ولا أن يسوق شربه إلى أرض أخرى له ليس لها**)؛ أي: للأرض الأخرى (**منه**)؛ أي : من شربه (**شرب**)؛ لأنه إذا فعل ذلك.. يخشى أن يدعي حق الشرب لها من هذا النهر مع الأولى إذا تقادم العهد.

وكذا: إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى الأخرى.. ليس له ذلك؛ لأنه يستوفي زيادة على حقه؛ إذ الأولى تنشف بعض الماء قبل أن يسقي الأخرى.

وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح باباً إلى دار أخرى [٦٧٩/أ]، ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتتحها في هذا الطريق.. فإنه ليس له أن يفتح باباً له في ذلك الطريق.

بخلاف ما إذا كان ساكن الدارين واحداً؛ حيث لا يمنع من فتح الباب في ذلك الطريق للدار الأخرى له؛ لأن المارّة لا تزداد بذلك، وهو المانع من فتحه، وله حق المرور فيه، ويتصرف في خالص حقه - وهو الجدار - برفعه ونقضه.

(**فإن رضي البقية بشيء من ذلك**) الأمور المذكورة من قوله: «ولا أن يوسع...» إلى هنا.

(.. **جاز**)؛ لزوال المانع بالرضاء ووجود المقتضي.

---

(١) زيادة من «الزيلعي» (٦/٤٢).

وَلَهُم نقضُهُ بعدَ الْإِجَازَةِ، ولورثَتِهم مِن بعدهِمْ.

(ولهم)؛ أي: بقية الشركاء (نقضه بعد الإجازة، ولورثتهم) أيضاً (من بعدهم).

قال في «الهداية»: ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص - وفيه كوى بينهما - أن يسد بعضها دفعاً لبعض الماء عن أرضه كي لا ينز.. ليس له ذلك؛ لما فيه من الضرر بالآخر.

وكذا: إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما؛ لأن القسمة بالكوى تقدمت، فلا تتغير، إلا أن يتراضيا؛ لأن الحق لهما، وبعد التراضي: لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك، وكذا لورثته من بعده؛ لأنه إعارة الشرب لا مبادلة؛ لأن مبادلة الشرب بالشرب باطلة، وكذا إجارة الشرب بالشرب باطلة أيضاً.. فتعينت الإعارة، فيرجع فيها هو أو ورثته أي وقت شاء؛ لأن الإعارة غير لازمة، هكذا في «الزيلعي».

ويؤيده ما في بيوع «القاعدية»: الضرر لا يصير لازماً بالرضاء والإذن.

وههنا دقيقة ذكرها في أوائل دعوى «القاعدية»؛ حيث قال: من له حق المرور في أرض غيره في ممر معين، فبنى صاحب الأرض على ذلك الممر بناء بإذن صاحب الحق.. ليس له أن يخاصم بعد ذلك؛ لأن الحق يبطل ويسقط بالرضاء، بخلاف ما إذا كان له رقبة الطريق فبنى صاحب الأرض. انتهى. فليتأمل.

وقال في حيطان «القنية» من كتاب الدعوى: «بخ»[1] إذا استعار من آخر جداراً لوضع جذوعه عليه ووضعها، ثم باعه المعير.. ليس لمشتريه أن يأمر المستعير برفع جذوعه؛ لأن المستعير وإن لم يثبت له حق لازم، لكن المشتري لم يملك الجدار إلا مشغولاً بجذوع المستعير، فكان حقه فيه ناقصاً.. فلا يتمكن من رفعه.

قال أستاذنا: هذا وإن كان حسناً.. لكنني عثرت على مسألة الاستشهاد في «أمالي» «بخ» و«فتاوى أبي الليث» على خلافه.

---

(١) هو رمز «برهان الفتاوى للبخاري» في «القنية»، والمسألة وما بعدها في مخطوط «القنية» ص(٣٣٨).

وَالشِّربُ يُورَثُ ويوصى بِالِانْتِفَاعِ بِهِ.

وَلَا يُبَاعُ وَلَا يُوهبُ، وَلَا يُؤجَّرُ، وَلَا يُتَصَدَّقُ بِهِ، وَلَا يُجْعَل مهْراً، وَلَا بدل صلحٍ.

رجل أذن جاره في وضع الجذوع على حائطه، أو حفر سرداب تحت داره، ثم [٦٧٩/ب] باع داره.. فللمشتري رفع الجذوع والسرداب، إلا إذا شرط في البيع ترك ذلك.. فحينئذٍ لا يكون له ذلك.

ثم ذكر «بخ» مسائل من جنسه، إلى أن قال:

أحدث بناء أو غرفة في سكة غير نافذة برضاء أهلها، فاشترى رجل من غير أهل السكة داراً منها.. فله أن يأمره برفع الغرفة.

ولو باع ضيعة فيها أغصان جاره متدلية.. فللمشتري أن يأمر جاره بتفريغ الضيعة عن أغصان شجرته؛ لأن المشتري يقوم مقام البائع فيما كان للبائع أن يفعله.

وكذا: لو مات صاحب الضيعة.. كان لوارثه أن يأخذ الجار بتفريغ ضيعته عن الأغصان.

قال: وما ذكره «بخ» أوفق للأصول، وأشبه بالصواب، وإن كان مسائل قسمة «الكافي» تشهد بصحة جواب «بخ». انتهى.

ذكر شيخ الإسلام الأنقروي في «فتاواه» نقلاً عن حيطان «القنية»: دهليز مشترك بينهما، بنى أحدهما فوق سطحه حجرة بإذن شريكه، ثم باع الآذن نصيبه من الدهليز.. ليس للمشتري أن يأمره برفع الحجرة عن سطحه. انتهى.

وذكر أيضاً نقلاً عن «العتابية»: لو أذن لجاره بوضع الجذوع على حائط داره، أو أذن له أن يحفر سرداباً تحت داره، ثم باع الدار وشرط على المشتري أن تكون الجذوع والسرداب هكذا.. لم يكن للمشتري أن يطالبه بالنقض.

(والشرب يورث ويوصى بالانتفاع به، ولا يباع، ولا يوهب، ولا يؤجر، ولا يتصدق به، ولا يجعل مهراً، ولا بدل صلح).

والفرق: أن الورثة خلفاء الميت، فيقومون مقامه في حقوق الميت وأملاكه، وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات؛ كالدين والقصاص والخمر، فكذا الشِّرب، والوصية: أخت الميراث.. فكانت مثله.

بخلاف البيع والهبة والإجارة والتصدق.

وكذا: الوصية بهذه العقود؛ حيث لا تجوز؛ إما للجهالة، أو للغرور، أو لعدم الملك فيه للحال، أو لأنه ليس بمال متقوم، حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره.. لا يضمن على رواية «الأصل».

فإذا بطلت هذه العقود.. فالوصية بهذه العقود باطلة أيضاً؛ لأن الوصية بالباطل: باطل.

بخلاف الوصية بالانتفاع بعين الشرب؛ حيث يجوز؛ لما ذكرناه.

ولهذا قيد المصنف الوصية بالانتفاع به.

وكذا: لا يصلح أن يكون مهراً مسمى في النكاح، وبدل الخلع، والصلح عن دم عمد، وعن دعوى، لكنه تصح هذه العقود نفسها؛ لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، ولا يملك الشرب؛ لأنه لا يملك سائر الأسباب [٦٨٠/أ]، فكذا بهذه الأسباب.

ويجب على الزوج مهر المثل في النكاح، وعلى المرأة رد ما أخذت من المهر في الخلع، وعلى القاتل الدية، وللمدعي أن يرجع على دعواه في الصلح؛ لبطلان المسمى.

ولو مات وعليه ديون.. لا يباع الشرب بدون الأرض؛ لما ذكرناه.

وإن لم يكن له أرض.. قيل: يجمع الماء في كل نوبة في حوض، فيباع الماء؛ لكونه محرزاً، إلى أن تقضى ديونه من ذلك.

وَلَا يَضمَنُ مَن مَلأَ أرضَهُ فنزَّت أَرضُ جَارِهِ.

وقيل: ينظر الإمام إلى أرض لا شرب لها، فيضم الشرب إليها، فيبيعهما برضاه، ثم ينظر إلى قيمة الأرض بدون الشرب، وإلى قيمتها معه، فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن إلى قضاء دين الميت. كذا في «الزيلعي».

قيد عدم الضمان برواية «الأصل»؛ احترازاً عما ذكره في «الخلاصة» عن علي البزدوي: أن غاصب الماء إن سقى أرضه في نوبة صاحب الشرب.. يكون ضامناً.

بقي: أنه هل يطيب للغاصب ما خرج من ذلك الماء المغصوب؟

ففي «الخلاصة» نقلاً عن مزارعة «النوازل»: عن محمد بن مقاتل في رجل سرق ماء فساقه إلى أرضه أو كرمه.. فإنه يطيب له ما خرج منه، وهو بمنزلة رجل غصب شعيراً وتبناً وسمَّن دابته.. فعليه قيمة العلف، وما زاد في الدابة.. فهو طيب له.

فعلى هذا: لو سرق أوراق التوت، وأعطى دود الصلق.. فالإبريسم يطيب له، وعليه قيمة الأوراق.

(**ولا يضمن من ملأ أرضه فنزَّت**) الماء (**أرض جاره**)؛ لأنه مسبب، وليس بمتعد فيه.. فلا يضمن؛ لأن شرط وجوب الضمان في السبب: أن يكون متعدياً.

ألا ترى: أن من حفر بئراً في أرضه... لا يضمن ما عطب فيها؛ لعدم التعدي.

وإن حفر في الطريق.. ضمن التعدي.

لكنهم قالوا: هذا إذا سقى أرضه سقياً معتاداً، وأما إذا سقاها سقياً غير معتاد لا تتحمله أرضه.. فيضمن بالنز؛ كما قالوا فيمن أوقد ناراً في داره فاحترق به دار جاره؛ فإن أوقد ناراً معتاداً.. لا يضمن، وإلا.. يضمن للتعدي.

قال في «الخلاصة» عن «متفرقات» الفقيه أبي جعفر: رجل سقى أرضه، فتعدى الماء إلى أرض جاره؛ إن أجرى الماء إجراء لا يستقر في أرضه قبل أن يستقر في أرض جاره.. يضمن، وإن كان يستقر في أرضه، ثم يتعدى إلى جاره بعد ذلك:

إن كان جاره يقدم إليه بالسد والإحكام، فلم يسد.. يضمن استحساناً.

وإن لم يقدم إليه.. لا يضمن.

وإن كان أرضه في صعدة، وأرض جاره في هبطة يعلم أنه لو سقى أرضه يتعدى إلى أرض جاره.. يضمن، ويؤمر برفع المسناة حتى يحول [٦٨٠/ب] بينه وبين التعدي، ويمنع من السقي حتى يضع المسناة.

وإن لم تكن أرضه في صعدة.. لا يمنع.

قال: والمذكور في عامة الكتب: أنه إذا سقى غير معتاد.. ضمن، وإن كان معتاداً.. لا يضمن.

وإن كان في أرضه ثقب أو حجر:

فإن علم بالثقب ولم يسد حتى فسدت أرض جاره.. يضمن.

وإن كان لا يعلم.. لا يضمن، على ما في نسخة الإمام السرخسي.

وفي «النوازل»: نهر يجري في أرض قوم، فانشق النهر، وخرب بعض أرض قوم.. لأصحاب الأرضين أن يأخذوا أصحاب النهر بعمارة النهر بدون عمارة الأرض.

رجل سقى أرضه وأرسل الماء في النهر حتى جاوز أرضه، وقد كان طرح رجل أسفل منه في النهر تراباً، فمال الماء عن النهر حتى خرب، فجاوز فغرق قطن رجل.. فالضمان على من أحدث في النهر تراباً، لا على مرسل الماء في النهر إن كان له في النهر حق.

ولو سد أنهار الشركاء حتى انشق وامتلأ وغرق قطن رجل، أو أرسل الماء في النهر وعلى النهر أنهار صغار مفتوحة الفوهات، فدخل الماء في الفوهات، فأفسد زرع غيره.. ضمن في الوجهين.

وَلَا يضمَنُ مَن سَقَى مِن شربِ غَيرِه.

وتفسير ضمان الإتلاف: أن تقوم الأرض مزروعة، وتقوم غير مزروعة.. فيضمن الفضل.

(ولا يضمن من سقى) أرضه (من شرب غيره).

هذا في رواية «الأصل»، ووجهه: تقدم من قبل.

وعن علي البزدوي: أنه يضمن؛ كما تقدم أيضاً.

وتفسير ضمان الشرب على القول بضمانه: أن ينظر بكم يشترى لو كان بيعه جائزاً.

والفتوى: على رواية «الأصل».

* * *

(كتاب الأشربة)

(كِتَابُ الأَشْرِبَةِ)

(كِتَابُ الأَشْرِبَةِ)

جمع شراب، هو: اسم من الشرب؛ أي: ما يشرب مطلقاً؛ ماء كان أو غيره، حلالاً أو حراماً.

وفي عرف الفقهاء: ما حرم منه.

وهو على أنواع؛ على ما سيأتي في الكتاب.

قال في «الخلاصة» نقلاً عن «النوزل»: قال الفقيه أبو الليث: شرب الأشربة على خمسة أوجه:

في وجه: هو حلال بالإجماع.

وفي وجه: حرام بالإجماع.

وفي وجه: حرام عند أصحابنا حلال عند بعض الناس.

وفي وجه: اختلاف بين أصحابنا.

أما الوجه الذي هو حلال بالإجماع: فهو كل شراب لم يمض عليه ثلاثة أيام وهو حلو.

وأما الوجه الذي هو حرام بالإجماع: فهو الخمر بعينها، والسكر من كل شراب.

وأما الذي هو حرام عندنا: فهو ماء العنب إذا طبخ على النصف وقد اشتد؛ عندنا: لا يجوز شربه، وهو قول عامة الفقهاء، وقال بشر [٦٨١/أ] المريسي: يجوز شربه دون السكر.

وأما الرابع: فهو العصير جعل في الشمس حتى ذهب ثلثاه ولم يطبخ، ولكن عولج بالخردل؛ فإنه يجوز شربه عند علمائنا، ولا يجوز عند بعض الناس.

تَحرُمُ الْخمرُ، وهي: النِّيءُ مِن مَاءِ الْعِنَبِ، إِذا غلا وَاشْتَدَّ، وَالْقَذْف بالزَّبَدِ شَرطٌ، خلافاً لَهما.

وأما الوجه الخامس: فهو نبيذ التمر أو نبيذ الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة، ثم اشتد؛ فإنه يجوز شربه دون السكر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر؛ إذا أراد به استمراء الطعام دون اللهو.

وقال محمد: لا يجوز شربه، قليله وكثيره حرام.

قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ.

وإن كان شربه للهو... فقليله وكثيره حرام بالاتفاق.

(**تحرم الخمر**) بالكتاب والسنة والإجماع، فيكفر مستحله.

(**وهي**)؛ أي: الخمر فإنها من المؤنثات السماعية (**النِّيء**) بكسر النون وسكون الياء والهمزة، ويجوز التشديد على القلب والإدغام؛ أي: غير النضيح، كما في «المغرب».

وقال في «المصباح»: النيء مهموز، وزان: حِمْل، كل شيء شأنه أن يعالج بطبخ أو شيٍّ ولم ينضج، فيقال: لحم نيء، والإبدال والإدغام عامي. انتهى.

فالنضيح والطبيخ: ليس بخمر، كما هو كذلك عندنا، خلافاً للشافعي.

(**من ماء العنب**)، احترز به عن غير العنب أيَّ شيء كان.

حتى لو أخرج الماء من ثفل العنب بعد عصره.. كان بمنزلة النقيع عند بعض المشايخ.

وقال بعضهم: إنه بمنزلة الخمر، حتى يحد شاربه بقطرة منه. كذا في «شرح النقاية».

(**إذا غلا**) ارتفع (**واشتد**)؛ أي: قوي بحيث يصلح للإسكار.

(**والقذف بالزبد**) بفتحتين (**شرط**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: إذا غلا واشتد.. يثبت اسم الخمر عليها بلا اشتراط قذف

والطِّلاءُ، وَهُوَ: مَا طُبِخَ مِنْهُ، فَذهبَ أَقلُّ مِن ثُلثَيْهِ.

فإِنْ ذهبَ نِصفُهُ.. سمِّيَ منصَّفاً.

وإِنْ طُبِخَ أَدْنَى طبخةٍ.. سمِّيَ باذقاً، إِذا غلا وَاشْتَدَّ.

الزبد؛ لأن اللذة المطربة والقوة المسكرة وستر العقل [تحصل] به، وهو معنى المخامرة بالاشتداد وهو المعنى المؤثر في الفساد وإيقاع العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله.

وأما القذف بالزبد.. فلا تأثير له في إجلاب السكر.

ولأبي حنيفة: أن الغليان بداية الشدة، وكماله: بقذف الزبد وسكونه؛ لأنه يتميز الصافي عن الكدر، وأحكام الشرع المعلقة به قطعية؛ كالحد وإكفار مستحلها ونحو ذلك.. فتناط تلك الأحكام القطعية بالنهاية والكمال.

وقيل: يؤخذ في حرمة الشرب: بمجرد الاشتداد.

وفي وجوب الحد على الشارب: بقذف الزبد احتياطاً.

(**والطِّلاء**)؛ أي: ويحرم الطلاء أيضاً، هو بكسر الطاء، (**وهو: ما**)؛ أي: عصير عنب (**طبخ منه**)؛ أي: من عصير العنب (**فذهب أقل من ثلثيه**)، وهو حرام [٦٨١/ب] وإن قل.

لكن حرمته دون حرمة الخمر على ما سيأتي.

قال في «الزيلعي» نقلاً عن «المحيط»: الطِّلاء اسم للمثلث، وهو ما إذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه.

(**فإن ذهب نصفه.. سمي منصفاً**)، وهو حرام أيضاً.

(**وإن طبخ أدنى طبخة.. سمي باذقاً إذا غلا واشتد**) وقذف بالزبد، على الاختلاف المذكور في الخمر.

وهذا حرام أيضاً.

وقال الأوزاعي: إنه مباح، وهو قول بعض المعتزلة.

وَالسَّكَرُ، وَهُوَ: النيءُ مِن مَاءِ الرُّطَبِ إِذا غلا وَاشْتَدَّ.

ونقيعُ الزَّبِيبِ إِذا غلا وَاشْتَدَّ.

وَاشْتُرِطَ قذفُ الزّبدِ فِيهِنَّ، على مَا فِي الْخمرِ.

وَالكُلُّ حَرَامٌ، ....

قلنا: إنه مشروب ملذ مطرب، ولهذا يجتمع عليه الفساق، فيحرم شربه للفساد المعلق به.

(و) يحرم (السَّكَر) بفتحتين (وهو النيء من ماء الرطب)، بضم الراء: تمر النخل معروف.

(إذا غلا واشتد) وقذف بالزبد، على الاختلاف المذكور في الخمر.

وهذا حرام أيضاً.

وقال الأوزاعي: إنه مباح، وهو قول بعض المعتزلة.

قلنا: إنه مشروب ملذ مطرب، ولهذا يجتمع عليه الفساق، فيحرم شربه للفساد المتعلق كما سبق.

وقال شريك بن عبد الله: إنه مباح وإن قذف بالزبد.

قلنا: حرمته بإجماع الصحابة، فالقول بإباحته: خرق للإجماع.

ولعل مراده بالإباحة: في أوائل الإسلام قبل التحريم.

(و) يحرم أيضاً (نقيع الزبيب)، وهو: النيء من ماء الزبيب (إذا غلا واشتد، واشترط قذف الزبد فيهن)؛ أي: في كل من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع.

(على ما في الخمر) من الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه.

(والكل)؛ أي: كل من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع: (حرام) بإجماع أهل الإجماع، والخلاف فيه: خرق للإجماع.. فلا يعتد به.

وحرمتُها دونَ الْخمرِ؛ فنجاسةُ الْخمرِ غَلِيظَةٌ، ونجاسةُ هَذِه مُخْتَلَفٌ فِي غلظتِها وخفَّتها.

وَيكفرُ مستحلُّ الْخمرِ دونَ هَذِهِ.

وَيحدُّ بِشربِ قَطْرَةٍ مِنَ الْخمرِ وإِنْ لم يَسْكَرْ.

بِخِلَافِ هَذِهِ.

وَيجوزُ بيعُ هَذِهِ، ويضمنُ متلفُها.

(وحرمتها)؛ أي: حرمة هذه الأشربة: (دون الخمر)؛ لأن الخمر حرام لعينها لا لسكرها، والأشربة المذكورة حرام لسكرها، والحرام لعينه: فوق الحرام لا لعينه.

قيل: إن حرمة الخمر لسكرها أيضاً، حتى إنَّ غير المسكر من الخمر ليس بحرام، قالوا: هذا كفر؛ لأنه مخالف للكتاب والسنة والإجماع.

(فنجاسة الخمر: غليظة، ونجاسة هذه) الأشربة: (مختلف في غلظتها وخفتها).

(ويكفر مستحل الخمر)؛ لأن حرمتها قطعية (دون هذه) الأشربة؛ لأن حرمتها اجتهادية لسكرتها.

(ويحد بشرب قطرة من الخمر وإن) وصلية (لم يسكر)؛ لأنها حرام لعينه لا لسكره؛ يعني: أن حرمتها ليست معللة بالسكر.

(بخلاف هذه) الأشربة كلها من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع؛ فإن حرمتها معللة بالسكر.. فلا يحد بشربها ما لم يسكر.

(ويجوز بيع هذه) الأشربة كلها سوى الخمر.

(ويضمن متلفها) قيمتها عند أبي حنيفة؛ لكونها مالاً متقوماً، ولم يثبت ما يسقط [٦٨٢/أ] تقومها.

بخلاف الخمر؛ لأنها ليست مالاً متقوماً بالنص والإجماع.

خلافاً لَهما.

وَفِي الْخمرِ: عدمُ جَوَازِ البيعِ، وَعدمُ الضَّمَانِ: إِجْمَاعٌ.

وَلَو طُبِختِ الْخمرُ أَو غَيرُهَا بعدَ الاشتدادِ.. لَا تَحِلُّ وإِنْ ذهبَ الثُّلُثَانِ.

لَكِن؛ قيل: لَا يُحدُّ مَا لم يسكَرْ.

وَيحلُّ نَبِيذُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ إِذا طُبِخَ أَدنى طبخةٍ وإِنِ اشْتَدَّ، مَا لم يَسْكَر.

وَكَذَا: نَبِيذُ الْعَسَلِ، والتِّينِ، وَالْحِنْطَةِ، وَالشعِيرِ، والذُّرَةِ، والخليطَينِ؛ طُبِخَتْ أَو لا.

(**خلافاً لهما**) في البيع والضمان على المتلف؛ لكونها حراماً بالإجماع.

(**وفي الخمر: عدم جواز البيع، وعدم الضمان: إجماع**)؛ لأن حرمتها قطعية، ونجاستها عينية.

(**ولو طبخت الخمر أو غيرها**) من الأشربة المذكورة (**بعد الاشتداد.. لا تحل وإن**) وصلية (**ذهب الثلثان**)؛ لأن الطبخ للمنع عن ثبوت الحرمة ابتداء، لا لرفعها بعد ثبوتها.

(**لكن قيل: لا يحد ما لم يسكر**)؛ لأن الحد في النيء خاصة بالنص.. فلا يتعدى إلى المطبوخ منها.

(**ويحل نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة وإن**) وصلية (**اشتد، ما لم يسكر**).

(**وكذا**): يحل (**نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة والخليطين**)، وهو: أن يجمع بين تمر وزبيب مثلاً في إناء في ماء؛ لما روي عن عائشة قالت: «كنا ننتبذ لرسول الله ﷺ في سقاء، فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحها فيه، ثم نصب عليه الماء فننتبذه غدوة فيشربه عشية، وننتبذه عشية، فيشربه غدوة» رواه ابن ماجه.

(**طبخت أو لا**)؛ لإطلاق ما روينا.

وَكَذَا المثَلَّثُ، وَهُوَ: عصيرُ الْعِنَبِ إِذا طُبِخَ حَتَّى ذهبَ ثُلُثَاهُ وإِنِ اشْتَدَّ.

وَفِي الْحَدِّ بالسُّكرِ مِنْهَا: رِوَايَتَانِ.

وَالصَّحِيحُ: وُجُوبُهُ.

وَوُقُوعُ طَلَاقِ مَن سَكِرَ مِنْهَا: تَابِعٌ للْحُرْمَةِ.

(**وكذا المثلث**)؛ أي: حلال، (**وهو: عصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه**) وبقي ثلثه (**وإن**) وصلية (**اشتد، وفي الحد بالسكر منها**)؛ أي: من المثلث: (**روايتان**)، في رواية: يحد به، وفي أخرى: لا.

(**والصحيح: وجوبه**)؛ أي: الحد؛ لأن الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة المحرمة، بل فوق ذلك.

وكذا: المتخذ من الألبان إذا اشتد على هذا الخلاف.

وقيل: إن المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند أبي حنيفة؛ اعتباراً بلحمه؛ إذ هو متولد منه.

والأصح: أنه يحل؛ لأن كراهة لحمه لما في إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه؛ لكونه آلة الجهاد.. فلا يتعدى إلى لبنه.

(**ووقوع طلاق من سكر منها**)؛ أي: من المثلث: (**تابع للحرمة**).

فمن قال بحرمتها.. قال بوقوع الطلاق بالسكر منها.

ومن لا.. فلا.

قال في «الهداية»: قال محمد في «الجامع الصغير»: وما سوى ذلك من الأشربة.. فلا بأس به.

قالوا: هذا الجواب على هذا العموم: نصٌّ على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة: حلال عند أبي حنيفة، ولا يحد شاربه عنده وإن سكر منه، ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك.

وَالْكلُّ حرَامٌ عِنْدَ محمَّدٍ، وَبِه يُفْتَى.

وَالْخلافُ إِنَّمَا هُوَ عِنْدَ قصدِ التَّقْوِّي.

أَمَّا عِنْدَ قصدِ التلهِّي.. فَحَرَامٌ إِجْمَاعاً.

وخلُّ الْخمرِ: حَلَالٌ، وَلَو خُلِّلَتْ بعلاجٍ.

وَلَا بَأْسَ بالانتباذِ فِي الدُّبَّاءِ ....

هذا كله عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(والكل)؛ أي: كل من الأشربة والأنبذة المتخذة من التمر [٦٨٢/ب] والزبيب والحنطة والشعير والعسل والذرة: (حرام عند محمد، وبه)؛ أي: بقول محمد (يفتى)، ويحد شاربه عنده، ويقع طلاق من سكر منها، وكذا عند الشافعي؛ كما في سائر الأشربة المحرمة.

(والخلاف إنما هو عند قصد التقوي) بالشرب.

(أما عند قصد التلهي.. فحرام إجماعاً)؛ لأن التلهي حرام، فكذا ما يفضي إليه.

(وخل الخمر) الإضافة لأدنى ملابسه؛ أي: الخل المنقلب من الخمر: (حلال، ولو) وصلية (خللت بعلاج)؛ كإلقاء الملح أو الخبز إليها مثلاً.

وقال الشافعي: إن خللها بإلقاء شيء؛ كالملح والخل ونحوهما.. لا يحل ذلك الخل قولاً واحداً.

وإن خللها بالنقل من الظل إلى الشمس، أو إيقاد النار بالقرب منها بغير إلقاء شيء.. فلا تحل في قول، وتحل في قول آخر.

ولنا: إطلاق قوله ﷺ: «نعم الأدام الخل»، فيتناول جميع صورها، ولأن في التخليل إزالة الوصف المفسد، وإثبات صفة الصلاح فيه، والتغذي به.. فيحل.

(ولا بأس بالانتباذ)؛ أي: اتخاذ النبيذ (في الدُّبَّاء) بضم الدال وتشديد الباء وبالمد: القرع.

والختمِ، والمزفَّتِ، والنَّقيرِ.

وَيُكرَهُ شُربُ دُردِيِّ الْخمرِ، والامتشاطُ بِهِ، وَلَا يُحَدُّ شَاربُهُ بِلَا سُكْرٍ.

(والحنتم)، وهو: الخزف الأخضر، أو كل خزف، وعن أبي عبيد: هي جرار خمر تحمل فيها الخمر إلى المدينة؛ كذا في «المغرب».

(والمزفت)، وهو: الظرف المطلي بالزفت.

(والنقير)، وهو: ظرف يكون من الخشب المنقورة، كذا في «المغرب».

فإن هذه ظروف تختص بالخمر في الجاهلية، نهي عن الانتباذ فيها في ابتداء الإسلام، ثم نسخ، وأباح النبي ﷺ الانتباذ فيها.

ثم إن كان الانتباذ في هذه الظروف قبل استعمالها في الخمر.. لا إشكال في حله وطهارته.

وإن استعمل فيها الخمر، ثم انتبذ فيها.. ينظر؛ إن كان الوعاء عتيقاً.. يطهر بغسله، وإن كان جديداً.. لا يطهر عند محمد لتشرُّب الخمر فيه، بخلاف العتيق.

وعند أبي يوسف: يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة، كذا في «الزيلعي».

(ويكره شرب دردي الخمر)، وهو: ما بقي من أسفله.

(والامتشاط به)؛ لأن فيه بعض أجزاء الخمر، فكان حراماً نجساً.

ولا يجوز أن يداوى به كالخمر نفسها.

ولا أن يسقى ذمياً، ولا صبياً، والوبال على من سقاه. كذا في «الزيلعي».

(ولا يحد شاربه بلا سكر).

وقال الشافعي: يحد؛ لأن فيه قطرة الخمر.

قلنا: إن وجوب الحد للزجر، والزجر يشرع فيما يميل الطبع إليه، ولا تميل الطباع إلى شرب الدردي، بل تعافه وتنفر منه، فكان ناقصاً، فأشبه غير الخمر من الأشربة، ولا حد في غير الخمر إلا بالسكر، هكذا هنا.

وَلَا يجوزُ الانتفاعُ بِالْخمرِ.

وَلَا أَنْ يُداوى بهَا جُرحٌ، وَلَا دَبَرُ دَابَّةٍ.

وَلَا تُسْقَى آدَمِيّاً ولوْ صَبياً للتداوي.

وَلَا تُسْقَى الدَّوَابَّ.

وَقِيلَ: لَا يُحملُ الْخمرُ إِلَيْهَا؛ فَإِنْ قِيدَت إِلَى الْخمرِ.. ....

(**ولا يجوز الانتفاع بالخمر، ولا أن يداوى بها جرح، ولا دبَر**) وهو مرض معروف (**دابة، ولا تسقى آدمياً ولو**) وصلية [٦٨٣/أ] (**صبياً للتداوي**)؛ لأن الانتفاع بالنجس: حرام.

بخلاف ما لو شرب لضرورة العطش؛ فإنه يجوز مقدار دفع الضرورة.

قال في «الخلاصة» نقلاً عن «شرح الطحاوي»: لا يحل شرب الخمر إلا عند ضرورة العطش، يشرب قدر ما يندفع به عطشه.

وفي «فتاوى القاضي الإمام»: فلو أن المضطر شرب الخمر مقدار ما يرويه وزيادة ولم يسكر.. قال: ينبغي أن يلزمه الحد؛ كما لو شرب هذا القدر حالة الاختيار ولم يسكر.

ولو خلط الخمر بالماء؛ إن كان الماء قليلاً أو كانا سواء.. يحد شاربه إذا وصل إلى جوفه، وإن كان الغلبة للماء.. لا يحد شاربه، إلا إذا سكر.

(**ولا تسقى الدواب**)؛ لأنه من باب الانتفاع بها.

قال في «الخلاصة»: ولو سقى الشاة خمراً، ثم ذبحها من ساعته.. تحل من غير كراهة، وإن مضى عليها يوم أو أكثر.. تحل مع الكراهة.

وذكر الكرخي: أنه لا يحل النظر في الخمر على وجه التلهي، ولا أن يبل بها الطين.

(**وقيل: لا يحمل الخمر إليها**) أي إلى الدابة؛ (**فإن قيدت**) الدابة (**إلى الخمر..**

فَلَا بَأْسَ بِهِ؛ كَمَا فِي الْكَلْبِ مَعَ الْميتَةِ.

وَلَا بَأْسَ بِإلقاءِ الدُّردِيِّ فِي الْخلِّ، لَكِن يُحمَلُ الخلُّ إِلَيْهِ، دونَ عَكسِهِ.

فلا بأس به؛ كما في الكلب مع الميتة)؛ فإنه لو قيد الكلب وأرسل إلى الميتة.. لا بأس به.

بخلاف حمل الميتة إلى الكلب؛ لأن حمل النجس للانتفاع لا يجوز.

(ولا بأس بإلقاء الدردي في الخل)؛ لأنه يصير خلاً، **(لكن يحمل الخل إليه، دون عكسه)**.

* * *

(كتاب الصيد)

(كتابُ الصَّيْدِ)

هُوَ الِاصْطِيَادُ، ....

(كِتَابُ الصَّيْدِ)

هو مصدر: «صَادَ يَصِيدُ»، وقد يراد به المفعول؛ تسمية للمفعول بالمصدر، والاصطياد: بمعناه، ولذا قال: (هو الاصطياد).

وهو: حلال وحرام؛ لأن الصائد؛ إمّا أن يكون محرماً أو لا.

فإن كان محرماً.. فهو حرام.

وإن لم يكن محرماً:

فإما إن اصطاد في الحرم، أو لا.

فإن اصطاد فيه.. فكَذلك.

وإلا.. فهو حلال بعد وجود شرائطه، وهي خمسة عشر، على ما ذكره في «الخلاصة» و«البزازية».

خمسة في الصائد، وهو:

أن يكون من أهل الذكاة.

وأن يوجد منه الإرسال.

وأن لا يشاركه في الإرسال من لا يحل صيده.

وأن لا يترك التسمية عامداً.

وأن لا يشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل آخر.

وخمسة في الكلب، وهو:

أن يكون معلَّما.

وأن يذهب على سنن الإرسال.

وأن لا يشاركه في الأخذ كلب من لا يحل صيده.

وَهُوَ جَائِزٌ:

بالجوارحِ المعلَّمةِ.

والمحدَّدِ مِن سهمٍ وَغَيرِهِ.

لما يُؤكَلُ: لأكلِهِ.

وَمَا لَا يُؤْكَلُ: لجلدِهِ وشعرِهِ.

وأن يقتله جرحاً.

وأن لا يأكل منه.

وخمسة في الصيد، وهو:

أن لا يكون من الحشرات.

وأن لا يكون من نبات الماء إلا السمك.

وأن يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه.

وأن لا يكون متقوياً بأنيابه أو بمخلبه.

وأن يموت [٦٨٣/ب] بهذا الاصطياد قبل أن يصل إلى ذبحه.

وزاد السرخسي في الصيد شروطاً أخر، وهي: أن يكون مما يباح تناوله، وأن يكون ممتنعاً وحشياً، وأن لا يتوارى عن بصره، وأن لا يقعد عن طلبه حتى يجده.

وفي الكتاب أيضاً إشارة إلى هذه الشروط، على ما سيأتي.

(وهو)؛ أي: الاصطياد (جائز بالجوارح)، جمع جارحة، وهي: الكاسبة.

(المعلَّمة) بصيغة المفعول؛ كالكلب المعلم، والفهد المعلم، والشاهن المعلم، والباشق المعلم، والعقاب المعلم.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ﴾.

(والمحدَّد) بصيغة المفعول (من سهم وغيره) من المحدد؛ (لما يؤكل: لأكله، وما لا يؤكل: لجلده وشعره) أو ريشه أو لاستدفاع شره، وكل هذا مشروع.

وَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ: الْجرْحِ.

وَكَونِ الْمُرْسلِ أَوِ الرَّامِي: مُسلماً، أَو كتابيًّا.

وأَنْ لَا يَتْرِكَ التَّسْمِيَةَ عَمداً عِنْدَ الْإِرْسَالِ أَو الرَّمْيِ.

وَكَونِ الصَّيْدِ مُمْتَنعاً.

وأنْ لَا يقْعدَ عَن طلبِهِ بعدَ التَّواري عَن بَصَرِه.

وأَنْ لَا يُشَارِكَ الْمعلَّمَ غيرُ الْمعلَّمِ، أَو مُرْسَلُ مَن لَا يَحلُّ إِرْسَالُهُ.

(ولا بد فيه)؛ أي: في الصيد، هذا شروع في بيان شرطه (من الجرح)؛ فيه إشارة إلى ما ذكرناه من «الخلاصة» و«البزازية» من أنه لا بد أن يقتله الكلب جرحاً، وإلى أنه لا بد أن يموت بهذا الاصطياد؛ يعني: لو وجد ميتاً قبل أن يصل إلى ذبحه.. لا بد أن يموت من جرح الكلب ومن هذا الاصطياد.

بخلاف ما لو وصل إليه قبل موته حياً.. لا بد أن يذبحه.

(وكون المرسل)؛ أي: مرسل الكلب ونحوه من الجوارح المعلمة، (أو الرامي)؛ أي: رامي المحدد من السهم وغيره: (مسلماً، أو كتابياً).

فيه إشارة إلى شرط في الصائد، وهو: كونه من أهل الذكاة.

(وأن لا يترك التسمية عمداً عند الإرسال أو الرمي)، بخلاف ما لو تركها نسياناً.. فإنه لا يضر، وهو أحد الشروط الخمسة المذكورة في الصائد.

(وكون الصيد ممتنعاً)؛ أي: يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه؛ يعني: أن يكون متوحشاً، وهو أحد الشروط المذكورة في الصيد.

(وأن لا يقعد) الصائد (عن طلبه بعد التواري عن بصره) حتى يجده.

(وأن لا يشارك المعلَّم)؛ أي: الكلب المعلم أو البازي المعلم (غير) الكلب أو البازي (المعلم، أو مرسَل) اسم مفعول (من لا يحل إرساله)؛ كالمجوسي؛ أي: لا

وأَنْ لَا تَطولُ وَقفتُهُ بعدَ الْإِرْسَالِ، لغيرِ إِكْمَانٍ للصَّيْدِ.

وَيجوزُ بِكُلِّ جارحٍ عُلِّمَ مِن ذِي نَابٍ أَو مِخْلَبٍ.

وَيثبتُ التَّعَلُّمُ: بغالبِ الرَّأْيِ، أَو بِالرُّجُوعِ إِلَى أَهلِ الْخِبْرَة.

وَعِنْدَهُمَا - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الإِمَامِ -: يثبتُ فِي ذِي النَّابِ: بتركِ الْأَكلِ ثَلَاثاً،

يشارك المعلم معلم من ليس بأهل للإرسال إلى الصيد كالمجوسي؛ لأن الشرط: كون المرسل مسلماً أو كتابياً.

(**وأن لا تطول وقفته**)؛ أي: وقفة الكلب المعلم (**بعد الإرسال لغير إكمان**)؛ أي: استتار واختفاء، (**للصيد**) متعلق: بالإكمان.

يعني: يحل أكل الصيد بشرط أن لا يطول مكثه بعد الإرسال؛ لأن المكث للصيد حيلة منه ليتمكن من الصيد، ثم وثب عليه، فلا يقطع [٦٨٤/أ] الإرسال.

بخلاف ما لو مكث بعد الإرسال للاستراحة.. فإنه يقطع الإرسال، فلم يكن الاصطياد مضافاً إلى الإرسال، فلا يحل.

(**ويجوز**) الاصطياد (**بكل جارح**)؛ أي: كاسب (**عُلِّم**) على صيغة المجهول من التفعيل (**من ذي ناب**)؛ أي: يصيد بنابه؛ كالكلب المعلم، والفهد المعلم، بخلاف الأسد والذئب والدب والخنزير.. فإنه لا يجوز الاصطياد بها.

أما الخنزير: فلنجاسة عينه لا يجوز الانتفاع بها.

وأما الأسد: فلأنه لا يعمل لغيره لعلو قيمته.

وأما الذئب والدب: فلأنهما لا يعملان لغيرهما؛ لكمال خساستهما، ومن شأن التعليم: أن يعمل المعلَّم اسم مفعول لغيره لا لنفسه.

(**أو مخلب**)؛ أي: يصيد بمخلبه من الطيور كالشاهن والباشق والعقاب المعلم.

(**ويثبت التعلم: بغالب الرأي، أو بالرجوع إلى أهل الخبرة**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما - وهو رواية عن الإمام -: يثبت في ذي الناب بترك الأكل ثلاثاً**)، حتى لا يحل ما اصطاده ثالثاً على هذه الرواية؛ لأنه إنما يصير معلماً بتركه ثلاثاً؛ لأن

وَفِي ذِي المِخلَبِ: بالإِجابةِ إِذا دُعيَ بعدَ الْإِرْسَالِ؛ فَلَو أَكَلَ مِنْهُ الْبَازِيُّ.. أُكِلَ، لَا إِن أَكَلَ مِنْهُ الْكَلْبُ أَوِ الفهدُ.

فإِنْ أَكَلَ أَو تركَ الْإِجَابَةَ بعدَ الحُكمِ بتعلُّمِهِ.. حَرُمَ مَا صَادَهُ وبعدَهُ حَتَّى يتَعَلَّمَ.

وَكَذَا: مَا صَادَ قبلَهُ وَبَقِي فِي مِلكِهِ.

خلافاً لَهما.

تركه مرة أو مرتين يحتمل أن يكون شبعاً منه؛ فإذا تركه ثلاثا.. دل على أنه صار عادة له، وهو من أمارة التعلم، ولأن الكثير هو الذي يقع أمارة على العلم دون القليل، والجمع هو الكثير، وأدناه: الثلاث، فقدر بها.

والمراد بذي الناب: الكلب.

وأما الفهد ونحوه.. فلا بد في معرفة تعلمهما من ترك الأكل والإجابة إذا دعيا؛ كما صرح به في «الدرر».

(**وفي ذي المخلب: بالإجابة إذا دعي بعد الإرسال؛ فلو أكل منه**)؛ أي: من الصيد (**البازي.. أُكل**) ذلك الصيد، وهو على صيغة المجهول، وهذا: لأن أكله مما اصطاده لا يضر تعلمه؛ لأن تعلمه بالإجابة إذا دعي، لا بترك الأكل.

(**لا**) يؤكل (**إن أكل منه**)؛ أي: من الصيد (**الكلب أو الفهد**)؛ لأن تعلمهما بترك الأكل، فأكله: يدل على عدم تعلمه.. فلا يحل أكل ما أكله من الصيد.

(**فإن أكل**) الكلب أو الفهد، (**أو ترك**) البازي ونحوه من ذي المخلب (**الإجابة بعد الحكم بتعلمه.. حرم ما صاده وبعده حتى يتعلم**)؛ لأن كلا من الأكل والترك آية الجهل، فلا يكون معلماً، فلا يحل.

(**وكذا**)؛ أي: حرم أكل (**ما صاد قبله**)؛ أي: قبل الأكل بعد الترك ثلاث مرات (**وبقي**) ذلك الصيد (**في ملكه**)، هذا عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ يعني: أن الصيود التي أخذها هذا الكلب أو البازي الذي حكم

فَإِن شَرِبَ الْكَلْبُ مِن دَمِهِ أَو نَهَسَهُ فَقَطَعَ مِنْهُ بَضعَةً فَرَمَاهَا وَاتبعَهُ.. أُكِلَ وإِنْ أَكَلَ تِلْكَ الْبِضْعَةَ بِعدَ صَيْدِهِ.

وَكَذَا: لَو أَكَلَ مَا أَطْعمهُ صَاحبُهُ مِنَ الصَّيْدِ، أَو ....

بتعلمه قبل الأكل والترك: لا يخلو من ثلاثة أوجه:

فما أكل المالك منها.. فلا تظهر الحرمة فيه؛ لانعدام المحلية.

وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بعد تثبُّتِ الحرمة فيه بالاتفاق.

وما هو [٦٨٤/ب] محرز في بيت المالك بأن بقي في بيته بعدما صاد الكلب أو البازي قبل الأكل، ثم أكل صيداً آخر.. فهو حرام عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

هما يقولان: إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما قبله؛ لأن الحرفة قد تنسى، فتقتصر الحرمة على ما أكل وما بعد.

ولأن فيما أحرزه في بيته قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد.. فلا ينقض باجتهاد آخر مثله؛ لأن المقصود - وهو الإحراز - قد حصل بالأول.

بخلاف غير المحرز؛ لأنه ما حصل المقصود من كل وجه؛ لبقائه صيداً من وجه؛ لعدم الإحراز، فحرمناه احتياطاً.

ولأبي حنيفة: أن أكله آية جهله من الابتداء؛ فإذا أكل.. تبين أنه كان ترك الأكل للشبع لا للعلم. كذا في «الهداية».

(فإن شرب الكلب من دمه)؛ أي: دم ما صاده ولم يأكل لحمه (أو نهسه)؛ أي: عضه (فقطع منه)؛ أي: مما صاده (بضعة فرماها)؛ أي: البضعة (واتبعه)؛ أي: الصيد (أُكِل) الصيد في كل من الصورتين؛ لأنه تمليك للصيد عليه، وهذا في غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك ما يصلح له (وإن) وصلية (أكل) الكلب (تلك البضعة بعد صيده)؛ لأنه لم يبق صيداً، فصار كما إذا ألقى عليه طعاماً غيره.

(وكذا:) يحل أكله (لو أكل) الكلب أو البازي (ما أطعمه صاحبه من الصيد أو

أَكَلَ هُوَ بِنَفسِهِ مِنْهُ بعدَ إِحْرَازِ صَاحبِهِ.

بِخِلَافِ مَا لَو أَكَلَ الْقِطعَةَ قبلَ أَخذِهِ الصَّيْدَ.

وإِنْ خنقَهُ وَلم يَجرحْهُ.. لَا يُؤْكَلُ.

وَكَذَا: إِنْ شَاركَهُ كلبٌ غيرُ معلَّمٍ، أَو كلبُ مَجُوسِيٍّ، أَو كلبٌ تَرَكَ مرسلُهُ التَّسْمِيَةَ عمداً.

وإِنْ أَرسلَ مُسلمٌ كَلْبَهُ فزجَرَه مَجُوسِيٌّ فانزجرَ.. حلَّ.

وَبِالْعَكْسِ: حَرُمَ.

وإِنْ لم يُرْسِلْهُ أَحَدٌ فزجرَهُ مُسلمٌ أَو غَيرُهُ.. فَالْعِبْرَةُ: للزاجرِ.

وإِنْ أَرْسلَهُ وَلم يسمِّ ثُمَّ زَجرَهُ فسمَّى.. فَالْعِبْرَةُ لحَالِ الْإِرْسَالِ.

أكل هو بنفسه منه)؛ أي: من الصيد (بعد إحراز صاحبه)؛ لأنه لم يبق بعد الإحراز صيداً، فصار كما إذا أكل شيئاً من طعام صاحبه.

(بخلاف ما لو أكل القطعة) المقطوعة من الصيد (قبل أخذه)؛ أي: أخذ الكلب (الصيد)، ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه؛ حيث لا يحل أكله؛ لأنه صيد كلب جاهل؛ حيث أكل من الصيد.

(وإن خنقه) الكلب (ولم يجرحه.. لا يؤكل)؛ لأن الجرح شرط على ما تقدم.

(وكذا إن شاركه)؛ أي: الكلب المعلم (كلب غير معلم، أو كلب مجوسي، أو كلب تَرَك مرسله التسمية عمداً)؛ لانعدام شرط الحل فيها كما تقدم.

(وإن أرسل مسلم كلبه فزجره)، أي: أغراه بالصياح (مجوسي فانزجر) الكلب بالإغراء بالصياح بأن زاد طلبه (.. حل) أكله، (وبالعكس) أي أرسل مجوسي كلبه فزجره مسلم فانزجر (.. حرم)؛ لفقد الشرط، وهو: كون المرسِل مسلماً أو كتابياً.

(وإن لم يرسله أحد، فزجره مسلم أو غيره.. فالعبرة للزاجر).

(وإن أرسله ولم يسم، ثم زجره فسمى.. فالعبرة لحال الإرسال)؛ لأنه بمنزلة

وَإِنْ أَرْسَلَهُ على صيدٍ فَأَخذَ غَيرَهُ.. حل مَا دَامَ على سَنَنِ إِرْسَالِهِ.

وَكَذَا: لَو أَرْسَلَهُ على صيودٍ بِتَسْمِيَةٍ وَاحِدَةٍ، فَأَخذَ كلَّهَا.. حلَّت.

إمرار الشفرة بالذبح.

(**وإن أرسله على صيد**) بعينه (**فأخذ**) ذلك الكلب (**غيره**)؛ أي: غير ذلك الصيد المرسل إليه (.. **حل**) ما أخذه (**ما دام**) الكلب (**على سنن إرساله**) [٦٨٥/أ].

وقال مالك: لا يحل؛ لأنه أخذه بغير إرسال؛ إذ الإرسال مختص بالمشار إليه، والتسمية وقعت عليه.. فلا تتحول إلى غيره؛ كما إذا أضجع شاة وسمى عليها، فخلاها وذبح غيرها بتلك التسمية.

وقال ابن أبي ليلى: تتعين المعنية بالتعيين، مثل قول مالك، حتى لا يحل غيره بذلك الإرسال.

ولو أرسل من غير تعيين.. يحل ما أصابه، خلافاً لمالك.

وهذا: بناء على أن التعيين شرط عند مالك.

وعنده: ليس بشرط.

ولكن إذا عين.. يتعين.

وعندنا: التعيين ليس بشرط، ولا يتعين بالتعيين أيضاً؛ لأن الشرط ما يقدر عليه المكلف، ولا يكلف بما لا يقدر عليه، والذي في وسعه: إيجاد الإرسال دون التعيين؛ لأنه لا يمكنه أن يعلم الكلب أو البازي على وجه لا يأخذ غير ما عينه، ولأن التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب؛ لأن الصيود كلها فيما يرجع إلى مقصوده سواء، وكذا في حق الكلب؛ لأن قصده إلى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه.

بخلاف ما استشهد به مالك؛ لأن التعيين في الشاة ممكن، وكذا غرضه متعلق بمعين، فتتعين التسمية هناك بالمضجع للذبح.

(**وكذا: لو أرسله على صيود بتسمية واحدة، فأخذ كلها.. حلت**) كلها؛ لأن الذبح يقع بالإرسال، ولهذا يشترط التسمية عند الإرسال، والفعل - وهو الإرسال -

وإِنْ أَرسلَ الفهدَ فكَمَنَ حَتَّى استمكَنَ، ثمَّ أَخذَ.. حَلَّ.

وَكَذَا: الْكَلْبُ إِذا اعْتَادَ ذَلِكَ.

وَلَو أرْسلَهُ على صيدٍ، فَقتلَهُ، ثمَّ أَخذَ آخرَ.. أُكِلا؛ ....

واحد، فيكتفى بتسمية واحدة، فصار كما إذا أضجع شاتين، إحداهما فوق الأخرى، فذبحهما دفعة واحدة بتسمية واحدة.

(**وإن أرسل الفهد فكمن**) الفهد؛ أي: استتر على ما هو عادته عند الصيد (**حتى استمكن، ثم أخذ**) الصيد (.. **حل**)؛ لأن ذلك عادته، فلا ينقطع به فور الإرسال، وعُدَّ ذلك منه من الخصال الحميدة.

قال الحلواني: للفهد خصال حميدة، ينبغي للعاقل أن يأخذ ذلك منه:

منها: أنها يكمن للصيد حتى يستمكن منه، فيحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه، وهكذا ينبغي للعاقل أن يجاهد عدوه بالخلاف، ولكن يطلب الفرصة حتى يستمكن منه، فيحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه.

ومنها: أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول: هو المحتاج إلى الصيد، فلا أذل نفسي، وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره.

ومنها: أنه لا يتعلم بالضرب، ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد، فيتعلم بذلك، وهكذا ينبغي للعاقل أن يتَّعِظ بغيره.

ومنها: أنه لا يتناول الخبيث من اللحم، وإنما يطلب من صاحبه اللحم الطيب، وهكذا ينبغي [٦٨٥/ب] للعاقل أن لا يتناول إلا الطيب.

ومنها: أنه يثب ثلثا أو خمساً؛ فإن لم يتمكن من أخذه.. تركه ويقول: لا أقتل نفسي لغيري، وهكذا ينبغي لكل عاقل.

(**وكذا الكلب إذا اعتاد ذلك**)؛ أي: الاختفاء؛ لأنه لا يقطع فور الإرسال؛ كما في الفهد.

(**ولو أرسله على صيد فقتله، ثم أخذ**) صيداً (**آخر.. أكلا**) جميعاً؛ لأن الإرسال لم ينقطع.

كَمَا لَو رمى صيداً فَأَصَابَ اثْنَيْنِ.

وَإِذا رمى سَهْمَهُ وسمَّى.. أُكِلَ مَا أَصَابَ إِن جرحَهُ.

(كما لو رمى صيداً فأصاب) السهم (اثنين).. أكلا جميعاً.

بخلاف ما لو جثم على الأول طويلاً، ثم مر صيد آخر فقتله.. لا يؤكل الثاني؛ لانقطاع الإرسال بمكثه طويلاً إذا لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ، وإنما هو للاستراحة.

ولو أرسل بازيه المعلم على صيد، فوقع على شيء، ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله.. يؤكل؛ إذ لم يمكث زمناً طويلاً للاستراحة، وإنما مكث ساعة للتمكن منه.

ولو أن بازياً معلماً أخذ صيداً فقتله، ولا يدرى: أرسله إنسان أو لا.. لا يؤكل؛ لوقوع الشك في الإرسال، ولا تثبت الإباحة بدونه.

وإن كان مرسلاً.. فهو مال الغير، فلا يجوز تناوله إلا بإذن صاحبه.

ولو أرسل كلبين، فجرحه أحدهما، وقتله الآخر.. أكل؛ لأن الامتناع من الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم، فجعل عفواً، ما لم يكن إرسال أحدهما بعدما أثخنه الأول.

ولو أرسل رجلان، كل واحد منهما كلباً، فجرحه أحدهما وقتله الآخر.. أكل إذا كان إرسال الثاني قبل تثخينه الأول؛ كما ذكرناه.

والملك لصاحب الأول إذا كان أثخنه قبل أن يجرحه الثاني ؛ لأنه أخرجه عن حد الصيد، فملكه به، ولا يحرم بجرح الثاني بعدما أثخنه الأول؛ لأن إرسال الثاني حصل إلى الصيد قبل أن يثخنه الأول؛ لأن المعتبر في الحل والحرمة: حالة الإرسال؛ لقدرته على الامتناع، ولا يعتبر بعده؛ لعدم قدرته عليه، كذا في «الزيلعي».

ولما ذكر حكم الآلة الحيوانية.. شرع في بيان حكم الآلة الجهادية، فقال: (وإذا رمى سهمه وسمى.. أكل ما أصاب إن جرحه)؛ لما رواه البخاري ومسلم مرفوعاً: أنه ﷺ قال لعدي بن حاتم: «إذا رميت سهمك.. فاذكر اسم الله عليه؛ فإن وجدته قد

قتل.. فكل، إلا أن تجده قد وقع في ماء؛ فإنك لا تدري، الماء قتله أم سهمك».

وفي إطلاق قوله: «ما أصاب»: إشارة إلى ما ذكره «الزيلعي»: ومن سمع حساً؛ أي: صوتاً ظنه حس صيد فرماه، أو أرسل كلباً أو بازياً عليه، فأصاب صيداً، ثم تبين أنه حس صيد.. حل المصاب، سواء كان الصيد المسموع حسه مأكولاً أو غير مأكول، بعد أن كان المصاب [٦٨٦/أ] مأكولاً؛ لأنه وقع اصطياداً مع قصده الاصطياد.

وعن أبي يوسف: أنه خص من ذلك الخنزير؛ لتغليظ حرمته.

وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه؛ لأن الاصطياد لا يفيد الإباحة فيه.

وجه الظاهر: أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾، فكان اصطياداً مباحاً، وإباحة التناول ترجع إلى المحل، فتثبت بقدر ما يقبلها المحل؛ لحماً أو جلداً، وقد لا تثبت بالكلية إذا لم يقبلها المحل؛ كالخنزير إذا وقع اصطياداً.. صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره.

وإن تبين أنه حس جراد أو سمك.. فالمصاب لا يؤكل؛ لأن الذكاة لا تقع عليهما.. فلا يكون الفعل ذكاة. كذا في «النهاية».

وإن تبين أن المسموع حس آدمي، أو حيوان أهلي، أو ظبي مستأنس، أو موثق.. لا يحل المصاب؛ لأن الفعل لم يقع اصطياداً، ولا يقوم مقام الذكاة.

ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدمياً، فتبين أنه صيد.. حل؛ لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه صيداً، على ما ذكره في «الهداية»، واختاره المصنف؛ كما ذكره في آخر هذا الكتاب.

وذكر في «الزيلعي» عزوا إلى «المنتقى»: إذا سمع حساً، فظن أنه إنسان أو دابة أو حية فرماه؛ فإذا ذلك الذي سمعه صيد، فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع، أو أصاب صيداً آخر وقتله.. لا يؤكل؛ لأنه رماه وهو لا يريد الصيد.

ثم قال في «المنتقى»: ولا يؤكل الصيد إلا بوجهين:

وإِنْ تَركهَا عمداً.. حَرُم.

وإِنْ وَقعَ السَّهْمُ بِهِ فتحاملَ وَغَابَ وَلم يقْعُد عَن طلبِهِ، ثمَّ وجدَهُ مَيتاً.. حلَّ إِنْ لم يكن بِهِ جِرَاحَةٌ غيرُ جِرَاحَةِ السَّهْم.

وَلَا يحلُّ إِنْ قعدَ عَن طلبِهِ ثمَّ وجدَهُ.

أن يرميه وهو يريد الصيد.

وأن يكون له الذي أراده أو سمع حسه أو رمى إليه صيداً؛ سواء كان مما يؤكل أو لا.

وهذا يناقض ما ذكره في «الهداية»: من أنه حل؛ لأنه لا معتبر بالظن.

وقال في «الزيلعي»: وما ذكر في «المنتقى» أوجه؛ لأن الرمي إلى الآدمي ونحوه ليس باصطياد، ولا يمكن اعتباره ولو أصاب صيداً.

والجواب عنه: سيأتي في آخر هذا الكتاب.

(**وإن تركها**)؛ أي: التسمية (**عمداً.. حرم**)؛ لأنها شرط الحل بالنص والإجماع.

(**وإن وقع السهم به**) أي يصيد (**فتحامل**) الصيد بذلك السهم (**وغاب**) الصيد عن بصره متحاملاً لسهمه (**ولم يقعد**) المالك (**عن طلبه**)؛ أي: طلب الصيد (**ثم وجده ميتاً.. حل إن لم يكن به جراحة غير جراحة السهم**).

(**ولا يحل إن قعد عن طلبه، ثم وجده**)؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي، وقال: «لعل هوام الأرض قتلته»، ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم.. فلا ينبغي أن يحل أكله؛ لأن الموهوم في هذا: كالمتحقق [٦٨٦/ب]؛ لما روينا.

إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه، ولا ضرورة فيما إذا كان قعد عن طلبه؛ لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله، والذي رويناه حجة على مالك في قوله: إنّ ما توارى عنه إذا لم يبت.. يحل؛ فإذا بات ليلة.. لا يحل، كذا في «الهداية».

وَالْحكمُ فِيمَا جرحَهُ الْكَلْبُ: كَالْحكمِ فِيمَا جرحَهُ السَّهْمُ.

وإِنْ رَمَاهُ فَوَقعَ فِي مَاءٍ، أَو على سطحٍ، أَو جبلٍ، أَو شجرٍ، أَو حائطٍ، أَو آجرَّةٍ، ثمَّ تردَّى فَمَاتَ.. حَرُمَ.

فظهر منه: أن من شرط الحل عندنا: أن لا يتوارى عن بصره، وإن توارى.. فأن لا يقعد عن طلبه، وإلا.. فيحرم.

وعند مالك: ليس شيء من عدم التواري وعدم القعود عن طلبه بعد التواري شرطاً، بل الشرط: عدم طول التواري بالبيتوتة.

وجعل قاضي خان في «فتاواه» عدم التواري من شروط حل الصيد؛ حيث قال: والشرط السابع: أن لا يتوارى عن بصره، أو لا يقعد عن طلبه، فيكون في طلبه، ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده؛ لأنه إذا غاب عن بصره، ربما يكون موت الصيد بسبب آخر.. فلا يحل؛ لقول ابن عباس: «كل ما أصميت، ودع ما أنميت».

والإصماء: ما رأيته.

والإنماء: ما توارى عنك.

وعن رسول الله ﷺ أنه قال لعدي بن حاتم: «وإن وقعت رميتك في الماء.. فلا تأكل؛ فإنك لا تدري أن الماء قتله أم سهمك». انتهى.

(**والحكم فيما جرحه الكلب كالحكم فيما جرحه السهم**) فيما ذكر من الأحكام، وكذا الحكم في إرسال البازي: كالحكم فيما جرحه السهم.

(**وإن رماه**)؛ أي: الصيد، (**فوقع في ماء أو على سطح أو**) على (**جبل**) أو حجر (**أو شجر أو حائط أو أجرة، ثم تردى**) إلى الأرض (**فمات.. حرم**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ﴾.

ولما رواه البخاري ومسلم: أنه ﷺ قال لعدي: «إذا رميت سهمك.. فاذكر اسم الله عليه؛ فإن وجدته قد قتل.. فكل، إلا أن تجده قد وقع في ماء؛ فإنك لا تدري، الماء قتله أم سهمك».

وَكَذَا لَو وَقعَ على رُمحٍ مَنْصُوبٍ، أَو قَصَبَةٍ قَائِمَةٍ، أَو حرفِ آجرَّةٍ فجرحَ بهَا.

وَإِن وَقعَ على الأَرْضِ ابْتِدَاءً.. حلَّ.

وَكَذَا: لَو وَقعَ على صَخْرَةٍ أَو آجرَّةً فاستقرَّ، وَلم ينجرح.. حلَّ.

والحاصل: أنه احتمل موته بغيره؛ لأن هذه الأشياء مهلكة، ويمكن الاحتراز عنها.. فيحرم.

بخلاف ما إذا كان لا يمكن التحرز عنه.

(وكذا)؛ أي: حرم (لو وقع على رمح منصوب، أو قصبة قائمة، أو حرف آجرة فجرح بها)؛ أي: بهذه الأشياء، وهذا لاحتمال موته بهذه الأشياء؛ لأنها مهلكة، ويمكن الاحتراز عنها.

(وإن وقع على الأرض ابتداء.. حل)؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه، فسقط اعتباره؛ كي لا ينسد باب الاصطياد.

بخلاف ما إذا أمكن التحرز عنه؛ كما في الصور المذكورة.. فإنه يعتبر؛ فإنه لا يؤدي إلى سد باب الاصطياد.

(وكذا)؛ أي: حل (لو وقع) الصيد (على صخرة)؛ أي: حجر عظيم (أو آجرة فاستقر) [٦٨٧/أ] (ولم ينجرح.. حل)؛ لعدم احتمال موته بسبب آخر.

قيده بعدم الانجراح؛ لما ذكره في «المنتقى»: لو رمى صيداً فوقع، فانفلق رأسه، أو انشق بطنه.. لم يؤكل؛ لاحتمال موته بسبب آخر.

قال الحاكم أبو الفضل: وهذا خلاف إطلاق الجواب المذكور في «الأصل»، وهو قوله: «لو وقع على صخرة فاستقر» بدون تقييده بالانجراح، ولكن يجوز إطلاق الجواب المذكور في «الأصل» فيما عدا هذا المفسر؛ لأن حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن: ظاهر، وبالرمي: موهوم متردد، فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم.. فيحرم.

وإِنْ وَقعَ فِي المَاءِ فَمَاتَ.. حَرُمَ.

وإِنْ كَانَ الطَّيرُ مائياً، فَوَقعَ فِيهِ؛ فَإِن انغمَس جُرحُهُ فِيهِ.. حَرُمَ.

وإِلّا.. حلَّ.

وَيحرُمُ مَا قَتلَهُ المِعراضُ بعرضِهِ، ....

بخلاف ما إذا لم ينشق ولم ينفلق؛ لأن موته بالرمي هو الظاهر.. فلا يحرم.

فيحمل إطلاق الجواب في «الأصل» عليه.

وحمل السرخسي ما ذكر في «المنتقى»: على ما إذا أصابه حد الصخرة فانشق كذلك.

وحمل المذكور في «الأصل»: على أنه إذا لم يصبه من الصخرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليه.. فحل لذلك. هكذا ذكره في «الزيلعي».

وقال: وكلا التأويلين ومعناهما صحيح؛ لأن كلامهما يحتمل، فيحمل ما ذكر في «الأصل» على ما إذا مات بالرمي، وما ذكر في «المنتقى» على ما إذا مات بغيره.

وفي لفظ «المنتقى» إشارة إليه، ألا ترى: أنه قال: «لاحتمال الموت بسبب آخر غير الرمي»، وهذا يرجع إلى اختلاف اللفظ دون المعنى.. فلا يبالى به. انتهى.

(وإن وقع في الماء فمات.. حرم)؛ لما رويناه وبيناه.

(وإن كان الطير مائياً فوقع فيه؛ فإن انغمس جرحه فيه)؛ أي: في الماء (.. حرم)؛ لاحتمال الموت بانغماسه في الماء دون الرمي؛ لأن شرب الجراحة الماء سبب لزيادة الألم.

(وإلا)؛ أي: وإن لم ينغمس جرحه (.. حل)؛ لعدم احتمال الموت بالانغماس.

(ويحرم ما قتله المعراض)، وهو السهم الذي لا ريش له (بعرضه)؛ لأنه يخرق الجلد، ولا يجرح في الأغلب، والأصل: وجود الشرط وهو الجرح. كذا في «الاختيار».

أَو البُندقَةُ وَلم يَجرحْهُ.

وإِنْ أَصَابَهُ بِحجرٍ وجرحَهُ بحدِّهِ؛ فَإِن ثقيلاً.. لَا يُؤْكَل، وإِنْ خَفِيفاً.. أُكِلَ.

(أو البندقة)؛ أي: يحرم ما قتلته البندقة، وهي: طينة مدورة، أو رصاص مدور يرمى بها (ولم يجرحه) هذا القيد لم يذكر في «الهداية» و«الكنز» وغيرهما.

قلت: الصواب تركه كما في الكتب؛ لأن ذكره يشعر أن البندقة لو جرحته يحل، والحال: أنه لا يحل ولو جرحته، على ما هو الظاهر من «الهداية» و«الزيلعي».

وبه صرح ابن نجيم في «فتاواه»، وسننقله بعبارته: وهذا؛ لأن البندقة؛ أما ثقيل فيحتمل أنه مات من ثقله، أو خفيف غير محدد، وشرط الحل إن كان الرمي [٦٨٧/ب] خفيفاً: أن يكون محدداً.

(وإن أصابه بحجر وجرحه بحده؛ فإن) كان الحجر (ثقيلاً.. لا يؤكل)؛ لاحتمال أنه قتله بثقله.

(وإن) كان (خفيفاً.. أكل)؛ لأنه قتله بحده، هكذا ذكره في «الهداية»؛ حيث قال: ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها؛ لأنها تدق وتكسر، ولا تجرح، فصارت كالمعراض إذا لم يخرق.

وكذلك: إن رماه بحجر فمات.. لا يؤكل وإن جرحه إذا كان ثقيلاً وبه حدة؛ لاحتمال أن قتله بثقله.

وإن كان الحجر خفيفاً وبه حدة.. يحل لتعين الموت بالجرح.

ولو كان الحجر خفيفاً وجعله طويلاً كالسهم وبه حدة.. فإنه يحل؛ لأنه يقتله بجرحه.

ولو رماه بمِروة حديدة ولم يبضع بضعاً.. لا يحل؛ لأنه قتله دقاً.

وهذا: إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه؛ لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع، فوقع الشك، أو لعله مات قبل قطع الأوداج.

ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتل.. لا يحل؛ لأنه يقتله ثقلاً لا جرحاً.

اللهم، إلا إذا كان له حدة فبضع بضعاً.. فحينئذٍ لا بأس به؛ لأنه بمنزلة السيف والرمح.

والأصل في هذه المسائل:

أن الموت إذا كان مضافاً إلى الجرح بيقين.. كان الصيد حلالاً.

وإن كان مضافاً إلى الثقل بيقين.. كان حراماً.

وإن وقع الشك ولا يدري أنه مات بالجرح أو بالثقل.. كان حراماً احتياطاً. انتهى.

فظهر منه: أن ما قتله الصياد من الطيور بالبندقة الثقيلة من الرصاص ونحوه.. لا يؤكل وإن جرح؛ لاحتمال أنه مات من ثقلها لا من جرحها.

ولهذا قال في «شرح النقاية» للقهستاني: حرم ما قتله معراض بعرضه، أو بندقة ثقيلة ذات حدة وإن جرحته؛ لاحتمال أن يكون بثقلها، ولو كانت خفيفة ذات حدة وجرحته.. حل؛ لأنه قتل بالحدة. انتهى.

وبحرمته صرح ابن نجيم في كتاب الصيد من «فتاواه»؛ حيث قال: سئل عمن اصطاد طيوراً بالبندق الرصاص أو الطين: هل يحل أكلها؟ أجاب: لا يحل أكلها. انتهى بلفظه.

وقال في «الحاوي القدسي»: ولا يؤكل ما أصابته البندقة إن مات منها.

والحاصل: أن شرط الحل ههنا: كون ما يرمى به خفيفاً محدداً، وأن يكون الصيد مجروحاً به، حتى لو كان ما يرمى به ثقيلاً محدداً.. لا يؤكل وإن جرح؛ لاحتمال موته من الثقل.

ولو لم يكن الصيد مجروحاً به.. لا يؤكل أيضاً وإن كان ما يرمى به خفيفاً محدداً، ومطلق الجرح لا يكفي في الحل، بل لا بد أن يكون الجرح من الخفيف المحدد.

وَإِن لم يجرحْهُ.. لَا يُؤْكَلُ مُطلقاً.

وَلَو رَمَاهُ بِسيفٍ أَو سكِّينٍ فَأَصَابَ ظَهرُهُ أَو مقبضُهُ فَقتلَهُ.. لَا يُؤْكَلُ.

وَشُرِطَ فِي الْجرْحِ: الإِدماءُ.

وَقيل: لَا يشْتَرطُ.

وَقيلَ: إِنْ كَبِيراً.. لَا يشْتَرَطُ، ....

ومنه ظهر ضعف ما قال في «فتاوى قاضي خان»: ومثقل الحديد وغير [٦٨٨/أ] الحديد سواء؛ إن خرق.. حل وإلا.. فلا. انتهى.

فإن المفهوم منه: جواز الأكل بمطلق الجرح، وإن كان الجارح ثقيلاً.

(وإن لم يجرحه.. لا يؤكل مطلقاً)؛ أي: سواء كان الحجر المرمي ونحوه ثقيلاً أو خفيفاً؛ لأن الجرح من شروط الحل، وقد فقد.

(ولو رماه بسيف أو سكين فأصاب ظهره أو مقبضه فقتله.. لا يؤكل).

وكذا: لو أصاب قفاء السكين.

بخلاف ما لو أصاب السكين أو السيف بحده وجرحه.. فإنه يؤكل؛ لأنه بمنزلة الذبح الحقيقي.

(وشرط في الجرح: الإدماء)؛ أي: إنهار الدم.

(وقيل: لا يشترط)؛ فلو جرح ولم يخرج الدم.. لا يحل على القول الأول؛ لانعدام معنى الذكاة فيه، وهو إخراج الدم النجس، وقد شرطه النبي ﷺ: «أنهرِ الدم بما شئت».

ويحل على القول الثاني؛ لأنه أتى ما في وسعه - وهو الجرح - وإخراج الدم ليس في وسعه.. فلا يكون مكلفاً به؛ لأن الدم قد يحبس لغلظه، أو لضيق المنفذ بين العروق.

(وقيل: إن) كان الجرح (كبيراً.. لا يشترط) الإدماء.

وإِنْ أَصَابَ السهمُ ظِلفَهُ، أَو قَرنَهُ؛ فإِنْ أَدماهُ.. حلَّ، وإِلَّا.. فَلَا.

وإِنْ رمى صيداً فَقطع عضواً مِنْهُ.. أُكِلَ دونَ الْعُضْوِ.

وإن صغيراً.. يشترط.

(وإن أصاب السهم ظِلفه)، قال في «المصباح»: الظِّلف من الشاة والبقر: كالظفر من الإنسان.

(أو قرنه؛ فإن أدماه.. حل، وإلا.. فلا) يحل بالاتفاق.

(وإن رمى صيداً) بسيف أو سكين (فقطع عضواً منه.. أكل) الصيد إن مات من جرحه، (دون العضو).

وقال الشافعي: أكلا جميعاً وإن مات الصيد منه؛ لأنه مبان بذكاة الاضطرار، فيحل كالمبان بذكاة الاختيار، بخلاف ما إذا لم يمت؛ لأنه ما أبين بذكاة.

ولنا: قوله ﷺ: «ما قطع من بهيمة وهي حية؛ فما قطع منها.. فهو ميتة» ذكر الحي مطلقاً، فينصرف إلى الحي حقيقة وحكماً، والعضو المبان بهذه الصفة؛ لأن المبان منه ههنا: حي حقيقة؛ لقيام الحياة فيه، وكذا حكماً؛ لأنه يتوهم سلامته بعد هذه، ولهذا اعتبر هذا القدر من الحياة، حتى لو وقع في الماء، وفيه قدر هذا من الحياة.. يحرم.

بخلاف ما إذا أبين بذكاة الاختيار؛ لأن المبان منه ميت حكماً، ألا ترى: أنه لو وقع في الماء في هذه الحالة أو تردى من الجبل.. لا يحرم؛ لأن موته قد حصل بالذكاة حكماً، فلا يضاف إلى غيره وإن كان حصل بذلك حقيقة.

والجواب عن قوله: «أبين بالذكاة» أنه حال وقوعه لم تقع ذكاة؛ لقيام الحياة في الباقي حقيقة وحكماً، وإنما تقع ذكاة عند موته، وفي ذلك الوقت: لا يظهر في المبان؛ لعدم الحياة فيه، ولا تبعية؛ لزوالها بالانفصال، فصار الأصل: أن المبان من الحي حقيقة وحكماً [٦٨٨/ب]: لا يحل، والمبان من الحي صورة لا حكماً: يحل. كذا في «الزيلعي».

وإِنْ قطعَهُ وَلم يُبِنْهُ؛ فإِنِ احْتَمَلَ التئامَهُ.. أُكِلَ الْعُضْوُ أَيْضاً، وإِلّا.. فَلَا.

وإِنْ قدَّهُ نِصْفَيْنِ، أَو أَثلَاثاً وَالْأَكْثَرُ مِن جَانبِ الْعَجُزِ.. أُكِلَ الْكلُّ.

وَكَذَا: لَو قَطَعَ نصفَ رَأسِهِ أَو أَكثرَ.

وَإِذا أَدْرَكَ الصَّيْدَ حَيّاً حَيَاةً فَوقَ حَيَاةِ الْمَذْبُوحِ.. فَلَا بُدَّ مِن ذكاتِهِ.

(**وإن قطعه ولم يبنه؛ فإن احتمل التئامه.. أكل العضو أيضاً، وإلا**)؛ أي: وإن لم يحتمل الالتئام (**.. فلا**) يؤكل؛ لأنه يعد إبانة.

(**وإن قده**)؛ أي: قطع الصيد (**نصفين**) طولاً أو عرضاً على ما في «المضمرات» و«قاضي خان».

(**أو أثلاثاً والأكثر**)؛ أي: الثلثان (**من جانب العجز.. أكل الكل**).

أما في الأول: فلأنه لا يتوهم بقاء الصيد حياً بعد ذلك، فكان ذلك بمنزلة الذبح الحقيقي، كذا في «قاضي خان».

وأما في الثاني: فلأن ما بين النصف إلى العنق مذبح؛ لأن الأوداج تكون من القلب إلى الدماغ؛ فإذا أبان الثلث مما يلي الرأس، والثلث مما يلي العجز؛ فلأنه يؤكل الثلثان مما يلي الرأس، ولا يؤكل الثلث مما يلي العجز؛ لأن فعله هذا لم يقع ذبحاً؛ لعدم قطع الأوداج حينئذ.

وكذا: لو قطع يده أو رجله أو فخذه أو أقل من نصف رأسه.. يحرم المبان، ويحل المبان منه؛ لما ذكرناه.

(**وكذا لو قطع نصف رأسه أو أكثر**) رأسه؛ أي حل الأكل؛ لأنه لا يتوهم بقاؤه حياً بعد ذلك، فكان ذلك بمنزلة الذبح.

بخلاف ما إذا قطع أقل من نصف رأسه كما ذكرناه.

هذا كله إذا لم تدرك ذكاته.

(**وإذا أدرك الصيد حياً حياة فوق حياة المذبوح.. فلا بد من ذكاته**)؛ لأنه قدر على الأصل، وهو الذكاة الاختياري قبل تقرر الفرع وهو الذكاة الاضطراري.

فَإِنْ تَرَكَهَا مُتَمَكِّناً مِنْهَا.. حَرُمَ.

وَكَذَا: لَو غيْرَ مُتَمَكِّنٍ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

وإِنْ لم يبْقَ مِن حَيَاتِهِ إِلّا مثلُ حَيَاةِ الْمَذْبُوحِ - وَهُوَ مَا لَا يُتَوَهَّمُ بَقَاؤُهُ - فَلم يُدْرِكْهُ حَيّاً.

(فإن تركها)؛ أي: الذكاة الاختياري **(متمكناً منها.. حرم)** أكله؛ لأنه ترك الأصل وهو الذكاة الاختياري بعد أن قدر عليه قبل تقرر البدل.. فلا بد منه؛ فإذا تركه.. يحرم عليه تناوله؛ لأنه يصير ميتة بتركه الأصل.

(وكذا)؛ أي: يحرم **(لو)** كان المدرك **(غير متمكن)** من الذكاة **(في ظاهر الرواية)** عن أبي حنيفة.

وعنه وعن أبي يوسف: أنه يحل عند عدم التمكن منها، وهو قول الشافعي أيضاً؛ لأنه لم يقدر على الأصل، فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال.

وجه الظاهر: أنه قدر اعتباراً؛ لأنه ثبتت يده على المذبح، وهو قائم مقام التمكن من الذبح؛ إذ لا يمكن اعتبار الذبح نفسه حقيقة؛ لأنه لا بد له من مدة، والناس متفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح.. فلا يمكن ضبطه، فأدير الحكم على ثبوت اليد؛ لأنه هو المشاهد المعاين.. فلا يحل أكله إلا بالذكاة؛ سواء كانت حياته خفية أو بينة.

بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة قدر ما بقي في المذبوح؛ لأنه ميت حكماً، ولهذا: لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة.. لا يحرم؛ كما إذا وقع فيه وهو ميت.

وفصل بعضهم وقال: إنه إن لم يتمكن [٦٨٩/أ] منها لفقد الآلة.. لم يؤكل؛ لأن التقصير منه.

وإن لم يتمكن منها لضيق الوقت.. يؤكل.

(وإن لم يبق من حياته إلّا مثل حياة المذبوح - وهو ما لا يتوهم بقاؤه - فلم يدركه حياً)، وهو جواب الشرط المذكور؛ أي: يحل أكله؛ لما ذكرناه من أنه ميت

وَقِيلَ: عِنْدَ الإِمَامِ لَا بُدَّ مِن تذكيتِهِ أَيْضاً.

فَإِنْ ذَكَّاهُ.. حلَّ.

وَكَذَا: إِنْ ذَكَّى المتردِّيةَ، والنَّطيحةَ، والموقوذَةَ، وَالَّتِي بقرَ الذِّئْبُ بَطنَهَا وَفِيهِ حَيَاةٌ خفْيَةٌ أَو جَليَّةٌ.. حلَّ، وَعَلَيهِ الْفَتْوَى.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: إِن كَانَ لَا يعِيشُ مثلُهُ.. لَا يحلُّ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: إِنْ كَانَ يعِيشُ فَوقَ مَا يعِيشُ الْمَذْبُوحُ.. حلَّ، وإِلّا.. فَلَا.

حكماً، والميت ليس بمذبح؛ لأن هذا القدر من الحياة لا يعتبر، قال الصدر الشهيد: إن هذا بالإجماع.

(وقيل): ليس بإجماع، بل هذا قولهما، والحكم (عند الإمام: لا بد من تذكيته أيضاً)؛ أي: كما إذا أدركه حياً حياة فوق حياة المذبوح.

(فإن ذكاة.. حل)، وإلا.. فلا يحل؛ بناء على أن الحياة الخفية معتبرة عنده، لا عندهما.

(وكذا)؛ أي: يحل إن (ذكى المتردية)؛ أي: الساقطة من مكان مرتفع.

(والنطيحة)؛ أي: المضروبة بالقرن.

(والموقوذة)؛ أي: المضروبة بالخشب.

(والتي بقر)؛ أي: شق (الذئب بطنها، وفيه)؛ أي: في كل من هذه الأربعة (حياة خفية، أو جلية.. حل) عند أبي حنيفة، (وعليه الفتوى).

(وعند أبي يوسف: إن كان لا يعيش مثله.. لا يحل).

(وعند محمد: إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح.. حل، وإلا.. فلا). وجه أبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾؛ لأنه استثناء مطلقاً من غير فصل.

ووجه أبي يوسف: أنه إذا كان في هذه الحالة.. لم يكن موته مضافاً إلى الذبح.

ووجه محمد: أنه لا عبرة بالحياة الخفية.

وَمن رمى صيداً فأثخنَهُ وَأَخرجَهُ عَن حيّزِ الِامتناعِ، ثـمَّ رَمَاهُ آخرُ فَقتلَهُ.. حَرُمَ، وَضمِنَ قِيمَتَهُ مجروحاً للْأَوَّلِ.

(ومن رمى صيداً فأثخنه)، قال في «المصباح»: أثخنه: أوهنه بالجراحة وأضعفه. (وأخرجه عن حيز الامتناع، ثم رماه آخر فقتله.. حرم) أكله؛ لأنه لما خرج بالرمي الأول عن حيز الامتناع وصار الأول قادراً على ذكاة الاختيار.. وجب عليه ذكاته، فلما قتله الثاني قبل ذكاة الأول.. صار قاتلاً له بعد وجوب ذكاة الاختيار، فيحرم أكله لهما.

كيف، ولو ترك ذكاته بعد القدرة عليها.. كان يحرم، فالقتل: أولى أن يحرم به.

لكن هذا إذا كان الصيد بحال يحتمل أن يسلم من الأول؛ لأن موته حينئذ يضاف إلى الثاني فيحرم.

أما إذا كان الرمي الأول بحال لا يسلم الصيد منه؛ بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح.. فيحل؛ لأن موته حينئذ لا يضاف إلى الرمي الثاني، فلا اعتبار بوجوده وعدمه؛ لكونه ميتاً حكماً.

ولهذا: وقع في الماء في هذه الحالة.. لا يحرم؛ لوقوعه فيه بعد موته.

ولو كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد، لكن حياته فوق حياة المذبوح؛ بأن كان يبقى يوماً أو يومين.. فعند أبي يوسف: لا يحرم بالرمية الثانية؛ لأن هذا القدر من الحياة عنده غير معتبر.

وعند محمد: يحرم؛ لأن هذا القدر من [٦٨٩/ب] الحياة معتبر عنده كما تقدم، فصار حكمه: كحكم ما إذا كان الأول يسلم منه.. فلا يحل.

(وضمن) الثاني (قيمته مجروحاً للأول)؛ لأنه أتلف صيداً مملوكاً للغير؛ لأنه ملكه بالإثخان، وقد حرمه الثاني بقتله، فكان متلفاً.. فيلزمه قيمة ما أتلف، وقيمته وقت إتلافه كان ناقصاً بجراحة الأول، فيلزمه ذلك؛ لأن قيمة المتلف تعتبر وقت

الإتلاف، فصار كما لو أتلف عبداً مريضاً، أو شاة مجروحة.. فإنه يلزمه قيمته منقوصاً بالمرض أو الجرح، هكذا ذكره في «الهداية».

ثم قال: تأويله: أنه إذا علم أن القتل بالثاني بأن كان الأول بحال يمكن أن يسلم الصيد منه، والثاني بحال لا يسلم الصيد منه؛ ليكون القتل كله مضافاً إلى الثاني، وقد قتل حيواناً مملوكاً للأول منقوصاً بالجراحة.. فلا يضمنه كملاً؛ كما إذا قتل عبد مريضاً.

وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين، أو لا يدري.. قال في «الزيادات»: ١- يضمن الثاني ما نقصته جراحته، ٢- ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين، ٣- ثم يضمن نصف قيمة لحمه.

أما الأول: فلأنه جرح حيواناً مملوكاً للغير، وقد نقصه، فيضمن ما نقصه أولاً.

وأما الثاني: فلأن الموت حصل بالجراحتين، فيكون متلفاً نصفه، وهو مملوك لغيره، فيضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين؛ لأن الأولى ما كانت بصنعه، والثانية ضمنها مرة، فلا يضمنها ثانياً.

وأما الثالث: فلأن بالرمية الأولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني، فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم، فيضمنه، ولا يضمن النصف الآخر؛ لأنه ضمنه مرة حيث ضمن نصف قيمته حياً، فدخل ضمان اللحم فيه. انتهى.

فعلى هذا: ينبغي أن يحمل كلام المصنف على ما علم: أن القتل وقع بالثاني.

والإمام قاضي خان ذكر هذه المسألة في «فتاواه» مثل ما ذكره المصنف، ولم يتعرض إلى ما ذكره صاحب «الهداية» من الفرق، بين ما علم أن القتل وقع بالثاني وحده، وبين ما وقع بالجراحتين، أو لم يدر؛ حيث قال:

وإن رمى سهماً إلى صيد فأصابه السهم فأثخنه، ثم دماه آخر فقتله.. لا يحل أكله؛ لأن سهم الأول لما أثخنه.. فقد أخرجه من أن يكون صيداً، فلا يحل إلا بذكاة

فَإِنْ لم يُثخنهُ الأَوَّلُ.. حلَّ، وَهُوَ للثَّانِي.

الاختيار، ويضمن الثاني للأول قيمته مجروحاً؛ لأنه صار ملكاً للأول، وقد جرحه الثاني، فيضمن قيمته. انتهى.

وينبغي أن يحمل هذا أيضاً: على ما إذا علم أن القتل وقع بالثاني؛ لأن المطلق يحمل على المقيد في حادثة واحدة.

ثم بيان الضمان: أن الرامي الأول إذا رمى صيداً يساوي عشرة مثلاً، فنقصته درهمين مثلاً، ثم رماه [٦٩٠/أ] الثاني فنقصته درهمين أيضاً، ثم مات الصيد.. فعلى إطلاق ما ذكره «قاضي خان» والمصنف: يضمن الثاني ثمانية، ويسقط عنه من قيمته درهمان؛ سواء علم أنه مات من رمي الثاني، أو من الجراحتين، أو لم يدر.

وعلى طريقة ما ذكره صاحب «الهداية» في الفرق من «الزيادات»: يضمن الثاني أولاً درهمين؛ لأن ذلك القدر من النقصان حصل بفعله، فبقي من قيمته ستة، ثم يضمن نصف الباقي وهو ثلاثة، وهو المراد بقوله في «الزيادات»: «ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين»؛ يعني به: نصف قيمته حياً مجروحاً بجراحتين، ثم إذا مات.. يضمن نصف الآخر بعد الموت، وإن كان تفويت اللحم موجوداً بقتله؛ لأنه ضمن ذلك حياً؛ فلو ضمنه بعد الموت أيضاً.. يلزم تكرار الضمان؛ بأن يضمن قيمته حياً، ثم يضمن قيمة لحمه بعد الموت، وذا: لا يجوز في الشرع.

(**وإن لم يثخنه الأول.. حل، وهو للثاني**)؛ لأنه هو الآخذ له، وقد قال ﷺ: «الصيد لمن أخذه، وإنما حل أكله؛ لأنه لما لم يخرج بالأول من حيز الامتناع.. كان ذكاته ذكاة الاضطرار، وهو الجرح في أي موضع كان، وقد وجد ذلك.

واعلم: أن في هذه المسألة تفصيلاً لم يستوفه المصنف، وهو: أن الرجلين إذا رميا صيداً.. فهذا على قسمين.

لأنهما ؛ إما أن رميا معاً، أو متعاقباً.

والأول على أوجه:

فإذا رمياه معاً:

١- فإما أن يصيبا معاً.

أو يصيب أحدهما أولاً والآخر ثانياً.

فإن أصاب أحدهما أولاً:

٢- فإما أن يثخنه قبل إصابة الثاني.

٣- أو لا يثخنه.

فبلغت الأقسام ثلاثة.

والثاني كذلك؛ لأنه:

٤- إما أن رماه الثاني قبل إصابة السهم الأول.

أو بعد إصابته.

فإن كان بعد إصابته:

٥- فإما أن يثخنه الأول.

٦- أو لم يثخنه.

فبلغ أيضاً ثلاثة.

والقسم الأول بوجوهه، والوجه الأول من القسم الثاني: غير مذكور في الكتاب، وأنا أذكر ذلك.

• فإن رميا معاً وأصابا معاً فقتلاه.. فهو لهما جميعاً ويؤكل؛ لأن كل واحد منهما رمى إلى صيد مباح، فيحل تناوله؛ اعتباراً بحالة الرمي؛ فإنه كان صيداً حال رميهما، فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة وأصابت الرميتان معاً فاستويا في السببية، وذلك يوجب المساواة في الملك.

وَمَن أَرسلَ كَلْباً على صيدٍ، فأدركَهُ، فَضَربَهُ، فصرعَه، ثمَّ ضربَهُ فَقتلَهُ.. أُكِلَ.

وَكَذَا: لَو أَرسلَ كلبَيْنِ، فصرعَهُ أَحدُهمَا، وَقَتلَهُ الآخرُ.

وَلَو أرسلَ رجلَانِ كلٌّ مِنْهُمَا كَلْبَهُ، فصرعَهُ أَحدُهمَا، وَقَتلَهُ الآخرُ.. حلَّ، وَهُوَ للْأَوَّلِ.

• وإن رمياه معاً وأصابه سهم أحدهما أولاً فأثخنه، ثم أصاب سهم الآخر فقتله.. فهو للأول، وحل أكله أيضاً عندنا، خلافاً لزفر.

وهو يعتبر حالة الاتصال، والسهم الثاني أصابه وهو غير ممتنع.. فلا يحل بذكاة الاضطرار.

ونحن نعتبر للحل [٦٩٠/ب] حالة الإرسال؛ لأن الإصابة بالمحل نتيجته، ولهذا تعين التسمية حالة الإرسال، والإرسال قد يحصل منهما والمحل صيد، فلم يتعلق بالثاني حظر، وللملك حالة الاتصال؛ لأن الملك يتصل بالمحل، وسهم الأول أخرجه عن حيز الامتناع، فملكه قبل أن يتصل به الثاني.

• وإن لم يثخنه.. فهو للثاني، وهو ظاهر.

• وإن رماه الثاني بعدما رماه الأول قبل أن يصيب سهمه وهو الوجه الأول من القسم الثاني.. فهو لهما، وحل أكله؛ كذا في «العناية».

وبيان ما ذكره المصنف من الوجهين للقسم الثاني ذكرناه.

(ومن أرسل كلباً على صيد) وسماه، (فأدركه) الكلب (فضربه فصرعه، ثم ضربه فقتله.. أكل).

(وكذا: لو أرسل كلبين فصرعه أحدهما، وقتله الآخر).. حل أكله؛ لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم، فجعل عفواً.

(ولو أرسل رجلان كل منهما كلبه، فصرعه أحدهما، وقتله الآخر.. حل) أكله؛ لما بيناه، (وهو)؛ أي: الصيد (للأول)؛ لأنه أخرجه عن حد الصيدية، إلا أن الإرسال

وَلَو أرسلَ الثَّانِي بعدَ صرعِ الأَوَّلِ.. حَرُمَ، وَضَمِنَ؛ كَمَا فِي الرَّمْي.
وَمن سَمِعَ حِسَّاً فَظَنَّهُ إِنْسَاناً، فَرَمَاهُ.. أُكِلَ.

من الثاني حصل على الصيد، والمعتبر في الإباحة والحرمة: حالة الإرسال.. فلم يحرم.

(ولو أرسل الثاني) كلبه أو بازيه (بعد صرع الأول.. حرم)؛ لأنه أرسله بعد خروجه عن الصيدية بالإثخان، (وضمن) الثاني للأول؛ (كما في الرمي)؛ يعني: إن قتله كلب الثاني أو بازيه بعد إثخان كلب الأول.. ضمن الثاني.

وإن قتله قبل إثخان الأول.. لا يضمن.

(ومن سمع حساً).

الحس: الصوت الخفي؛ كذا في «المصباح».

(فظنه إنساناً، فرماه) أو أرسل عليه كلبه؛ فإذا هو صيد (.. أكل)؛ لأنه لا معتبر بظنه، مع تعينه صيداً؛ كذا في «الهداية».

واعلم: أن من سمع حساً فرماه، أو أرسل كلبه أو بازيه.. لا يخلو عن وجوه:

منها: أنه سمع حساً، فظنه حس صيد فرماه، أو أرسل كلبه أو بازيه، فأصاب صيداً؛ كالظبي الوحشي مثلاً، ثم تبين أن المسموع حسه ليس بصيد، بل آدمي أو حيوان أهلي؛ كالبقر والشاة.. لم يحل الصيد المصاب؛ كالظبي مثلاً في قولهم جميعاً؛ لأنه أرسل إلى غير صيد، فلم يتعلق به حكم الإباحة، وصار كأنه رمى إلى آدمي أو حيوان أهلي عالماً به، فأصاب صيداً.. فإنه لا يؤكل.

ومنها: أنه سمع حساً، فظن أنه حس صيد فرماه، أو أرسله فأصاب صيداً، ثم تبين أن المسموع حس صيد.. حل المصاب أي صيد كان؛ سواء كان مما يؤكل لحمه، أو لم يكن؛ لأنه قصد الاصطياد.

وعن أبي يوسف: أن المسموع حسه؛ إذا ظهر خنزيراً.. لم يحل أكل الصيد المصاب؛ لتلغظ التحريم، ألا ترى [٦٩١/أ]: أنه لا تثبت الإباحة في شيء من أجزائه، بخلاف سائر السباع؛ فإن الاصطياد يؤثر في جلده.

وزفر خص منه ما لا يؤكل لحمه مطلقاً؛ لأن الاصطياد لا يفيد الإباحة فيه، فكان هو والآدمي سواء.

وجه الظاهر: أن الاصطياد لا يختص بالمأكول؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾، وما هو كذلك: فالمأكول وغيره بالنسبة إليه سواء.

فإذا قصد بعقله الاصطياد.. وقع الفعل اصطياداً، والاصطياد فعل مباح في نفسه؛ لما تلوناه، فيفيد إباحة المصاب بشرط قبوله الإباحية، حتى لو لم يقبلها كالخنزير.. لم تثبت الإباحة، ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطياداً مباحاً.

وإذا قبلها:

فإن كان مما يحل تناوله.. تثبت إباحة تناوله؛ كغير السباع من البهائم والطيور.

وإن كان مما لا يحل تناوله.. تثبت إباحة جلده، فثبت أن فعله وقع اصطياداً، وإباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل: ليس بمخرج له عن ذلك.

وإذا وقع اصطياداً.. كان كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره، وفي ذلك: يحل، فكذا هذا.

ومنها: أنه سمع حساً، فظن أنه حس صيد فرماه، فأصاب صيداً، ثم تبين أن المسموع حس جراد أو سمك.. ففي «النهاية» عزواً إلى «المغني»: أن المصاب لا يؤكل؛ لأن الجراد والسمك مما لا تقع الذكاة عليهما، ومن شرط حل أكل الصيد: الذكاة، فلا يكون فعله ذكاة.

وعن أبي يوسف: أنه يحل؛ كذا في «الهداية» و«الزيلعي» و«العناية» وغيرها.

ومنها: ما ذكره المصنف، وهو: أنه سمع حساً، فظنه آدمياً، فرماه أو أرسله،

فأصاب صيداً، ثم تبين أن المسموع حس صيد.. حل أكله على ما صرح به في «الهداية»؛ معللاً بما ذكرناه، وتبعه المصنف.

واعترض عليه في «الزيلعي»: بما ذكره عن «المنتقى» وهو: أنه إذا سمع حساً فظن أنه إنسان أو دابة أو حية فرماه؛ فإذا ذلك الذي سمعه صيداً، فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع، أو أصاب صيداً آخر وقتله.. لا يؤكل؛ لأنه رمى وهو لا يريد الصيد. انتهى لفظ «المنتقى».

قال: وهذا يناقض ما ذكره صاحب «الهداية» من حل أكل المصاب في هذا الوجه.

ثم قال: والأوجه: ما ذكره في «المنتقى»؛ لأن الرمي إلى الآدمي ونحوه ليس باصطياد، ولا يمكن اعتباره اصطياداً ولو أصاب صيداً.

ثم قال: إن ما ذكره صاحب «الهداية» في هذا الوجه: يناقض ما ذكره في الوجه الأول؛ أعني: إن تبين أن المسموع حس آدمي [٦٩١/ب].. لم يحل أكل المصاب في قولهم جميعاً، بل الحرمة في هذا الوجه: أولى من الوجه الأول؛ لأنه قصد في هذا الوجه رمي آدمي، ورمي الآدمي ليس باصطياد بوجه، وفي الوجه الأول: لم يقصد رمي الآدمي.

وأجيب عنه: ببيان الفرق بين المسألتين: بأن فعله في المسألة الأولى لم يقع اصطياداً؛ لأن سهمه أصاب غير المسموع حسه، وكان قصده إلى المسموع حسه، والمسموع حسه ليس بصيد، بل آدمي.. فكان فعله متوجهاً إلى غير الصيد؛ لأنه إنما قصد بفعله المسموع حسه وهو الآدمي.. فلا يكون اصطياداً وإن وقع فعله على الصيد، فلا يحل المصاب.

بخلاف هذه المسألة؛ فإن فعله وقع اصطياداً؛ لوقوعه على الصيد، وقصده غير الصيد: غير معتبر.

* * *

(كتاب الرهن)

(كتابُ الرَّهْنِ)

هُوَ: حبسُ شَيْءٍ، بِحَقٍّ يُمكنُ اسْتِيفَاؤهُ مِنْهُ؛ كَالدَّينِ.

وَينْعَقدُ بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ.

(كِتَابُ الرَّهْنِ)

وهو مشروع؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾، ولما روي أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه بها درعه.

فقد انعقد الإجماع على ذلك، ولأن للدَّين طرفين:

طرف الوجوب، وطرف الاستيفاء.

ولما كانت الوثيقة لطرف الوجوب - وهي الكفالة - مشروعة.. فكذا الوثيقة لطرف الاستيفاء - وهي الرهن - مشروعة أيضاً.

(هو) **في اللغة:** حبس الشيء بأي سبب كان.

وفي عرف الشرع: (**حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه**)؛ أي: الحق (منه)؛ أي: من ذلك الشيء، والمراد بالشيء ههنا: هو الرهن؛ لأن لفظ الرهن كما يطلق على الحبس المخصوص.. كذلك يطلق على الشيء المرهون أيضاً.

(كالدين) مثال للحق.

قيد بإمكان الاستيفاء منه؛ احترازاً عن رهن الحر أو المدبر أو الخمر أو الخنزير أو نحوهما مما لا يمكن استيفاء الحق منه.

وأطلق الدين؛ فشمل: الدين الحقيقي وهو ظاهر، والدين الحكمي؛ كالأعيان المضمونة بنفسها كما سيأتي.

(وينعقد) الرهن بلا لزوم، (بإيجاب وقبول)؛ أي: بقول الراهن: رهنتك هذا المال بدين لك علي، وما أشبه ذلك.

وبقول المرتهن: قبلت.

وَيتمُّ: بِالْقَبْضِ، ....

هذا ما ذهب إليه عامة المشايخ.

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده ومن تبعه: ركن الرهن: الإيجاب بمجرده، وإنه ينعقد به بلا حاجة إلى قبول؛ لأن الرهن عقد تبرع، وكل ما هو كذلك: يتم بالمتبرع.

أما أنه عقد تبرع.. فلأن الراهن لم يستوجب على المرتهن بإزاء ما أثبت له من اليد.

ولا نعني بالتبرع: إلا ذلك.

وأما أن كل ما هو كذلك [٦٩٢/أ] يتم بالمتبرع.. فكالهبة والصدقة.

واعترض عليه: بأنه استوجب عليه صيرورته مستوفياً لدينه عند الهلاك.

(ويتم) الرهن (بالقبض)؛ أي: بقبض المرتهن أو وكيله.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن الرهن هل يجوز قبل القبض أم لا يجوز؟

فاختار شيخ الإسلام خواهر زاده ومن تبعه: أنه يجوز قبل القبض، لكن تمامه يتوقف على القبض، وإليه أشار المصنف بقوله: «ويتم بالقبض»، وهكذا ذكره القدوري أيضاً.

واختار العامة: أنه لا يجوز قبل القبض.

قال محمد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً.

وقال الحاكم الشهيد في «الكافي»: لا يجوز الرهن غير مقبوض.

وقال الطحاوي في «مختصره»: ولا يجوز الرهن إلا مقبوضاً.

وقال الكرخي في «مختصره»: قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً.

هذا، وقال مالك: يلزم الرهن بنفس العقد؛ لأنه يختص بالمال من الجانبين، فصار كالبيع، ولأنه عقد وثيقة، فلا يكون القبض شرطاً؛ كالكفالة.

محوزاً، مفرَّغاً، مُمَيَّزاً.

والتخليةُ فِيهِ وَفِي البيعِ: قبضٌ.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء.. أريد به الأمر؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾؛ أي: فليصم.

فيكون تقديره: وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فارهنوا أو ارتهنوا، لكن ترك كونه معمولاً به في حق ذلك؛ حيث لم يجب الرهن على المديون، ولا قبوله على الدائن حين رهنه الراهن شيئاً بالإجماع، فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض؛ كما في قوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة: مثلاً بمثل»؛ أي: بيعوا.

فلم يعمل الأمر في نفس البيع؛ لأن البيع مباح لا واجب، فيصرف إلى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا.

(محوزاً)؛ أي: مجموعاً، من «الحوز» بمعنى: الجمع.

واحترز به عن رهن الثمر على الشجر، ورهن الزرع في الأرض؛ لأن المرتهن لم يحزه.

(مفرغاً)؛ أي: عن ملك الراهن.

احترز به عن رهن الشجر دون الثمر، ورهن الأرض دون الزرع، ورهن الدار وفيها متاع الراهن، أو الراهن نفسه؛ إذ لا تفريغ فيها.

(مميزاً)، احترز به عن رهن المشاع؛ كرهن نصف العبد أو الدار. كذا في «العناية».

(والتخلية فيه)؛ أي: في الرهن.

والمراد بالتخلية: رفع المانع من القبض في زمان يمكن فيه القبض.

(وفي البيع) وقد تقدم في بابه: (قبض).

اعترض عليه: بأن التخلية تسليم لا قبض؛ لأنه عبارة عن رفع الموانع، وهو فعل المسلِّم؛ أعني: الراهن [٦٩٢/ب] دون المستلم؛ أعني: المرتهن.

والقبض فعل المستلم.. فالصواب أن يقول: «التخلية تسليم».

وأجيب عنه: بأن معناه: أنها في حكم قبض المرتهن، حتى إذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فضاع.. ضمن المرتهن.

وفيه نظر؛ لأن القبول ليس بواجب على المرتهن؛ فلو لم يقبل بعد التسليم والتخلية.. فلا يلزم الرهن، فكيف يضمن بالضياع؟

واعترض أيضاً على اكتفائهم بالتخلية: بأن التخلية ينبغي أن لا يكتفى بها في قبض الرهن؛ إذ القبض في الرهن منصوص عليه في قوله تعالى: ﴿ﭒ ﭓ﴾، بخلاف البيع؛ فإن القبض ليس بمنصوص عليه، والمنصوص عليه: ينبغي أن يراعى وجوده على أكمل الجهات، والتخلية ليست كذلك بالنسبة إلى القبض.

وأجيب عنه: بأن المنصوص عليه: إنما يراعى وجوده على أكمل الجهات إذا نص عليه بالاستقلال، وأما إذا ذكر تبعاً للمنصوص عليه.. فلا يجب أن يراعى وجوده على أكمل الجهات، والقبض في الرهن: ذكر على وجه الشرطية، لا بالاستقلال.

وفيه أيضاً نظر؛ لأنه لو اكتفى بالتخلية.. لزم لزوم الرهن بمجرد التخلية وإن لم يوجد القبض والقبول من المرتهن، وهو يفضي إلى الوجوب والإيجاب، وقد تقدم: أن القبول ليس بواجب، ثم الاكتفاء بالتخلية.. فكذا في الرهن، ولأنها غاية ما يقدر عليه الراهن، والقبض ليس في وسعه؛ لأنه فعل الغير.. فلا يكلف به.

وعن أبي يوسف: أن قبض الرهن في المنقول لا يثبت إلا بالنقل؛ لأنه قبض موجب للضمان ابتداء؛ إذا لم يكن الرهن مضموناً على أحد قبل ذلك، فلا يجب إلا

وللراهنِ أَنْ يرجِعَ عَنهُ قبلَ الْقَبْضِ.

فَإِذا قُبِضَ.. لَزِمَ.

وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْأَقَلِّ مِن قِيمَتِهِ، وَمِنَ الدَّينِ.

فَلَو هلكَ وهُما سَوَاءٌ.. صَارَ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفياً لدَيْنِهِ.

بالقبض حقيقة، لا بالتخلية كما في الغصب؛ فإن المغصوب لم يصر مضموناً بدون النقل والقبض حقيقة.

بخلاف البيع؛ فإن القبض فيه ناقل الضمان من البائع إلى المشتري؛ فإن المبيع قبل القبض مضمون على البائع بالثمن، ثم ينقل ذلك إلى المشتري بالقبض.

قال في «الهداية» و«الزيلعي»: والأصح: ظاهر الرواية.

وقد عرفت ما يرد عليه.

(**وللراهن أن يرجع عنه**)؛ أي: عن الرهن (**قبل القبض**)؛ لعدم لزومه قبله؛ لأنه عقد تبرع، فلا يلزم بدون القبض.

(**فإذا قبض**) المرتهن (.. **لزم**)، حتى لو هلك بعده.. يضمن.

(**وهو**)؛ أي: الرهن بعد القبض (**مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين**).

قال صدر الشريعة: إن هذا التركيب مشكل، غفل الناس عن إشكاله، وهو أنه يتوهم أن كلمة «من» هي التي تستعمل مع أفعل التفضيل، وليس كذلك؛ لأنه:

- إن أريد أنه مضمون بأقل من كل واحد.. فهذا [٦٩٣/أ] غير مراد.
- وإن أريد أنه مضمون بأقل من المجموع، أو بأقل من أحدهما أن الواو بمعنى أو، أو بمعنى مع.. فهذا شيء مجهول غير مفيد، بل المراد: أنه مضمون بما هو أقل؛ فإن كان الدين أقل من القيمة.. فهو مضمون بالدين، وإن كانت القيمة أقل من الدين.. فهو مضمون بالقيمة، فتكون «من» للبيان، تقديره: أنه مضمون بما هو أقل من الآخر الذي هو القيمة تارة، والدين أخرى. انتهى.

(**فلو هلك وهما سواء**)؛ أي: قيمة الرهن والدين سواء (.. **صار المرتهن مستوفياً لدينه**)، حتى لو أخذ دينه من الراهن.. يسترد الراهن من المرتهن.

وَإِنْ قِيمَتُهُ أَكثرُ.. فالزائدُ أَمَانَةٌ.

وَإِنْ كَانَ الدَّينِ أَكثرَ.. سقطَ مِنْهُ قدرُ الْقِيمَةِ، وطُولِبَ الرَّاهِنُ بِالْبَاقِي.

(وإن) كان (قيمته أكثر) من الدين (.. فالزائد) على الدين (أمانة) عند المرتهن، فلا ضمان عليه بلا تعد.

(وإن كان الدين أكثر سقط منه)؛ أي: من الدين (قدر القيمة، وطولب الراهن بالباقي) من الدين.

مثلاً: إذا رهن ثوباً قيمته عشرة، بعشرة، فهلك عند المرتهن.. سقط دينه.

وإن كانت قيمة الثوب خمسة.. يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى.

وإن كان خمسة عشر.. فالفضل أمانة.

ثم هذا عندنا.

وقال الشافعي: الرهن أمانة عند المرتهن مطلقاً، لا يسقط شيء من الدين بهلاكه؛ لقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه، وعليه غرمه» قال: معناه: أنه لا يصير مضموناً بالدين، وزوائده له، وهلاكه عليه، ولأن الرهن وثيقة بالدين، فهلاكه لا يسقط الدين؛ كما أنه لا يسقط بهلاك الصك؛ لأنه للوثيقة، وهذا؛ لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة، والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد؛ إذ الحق به يصير بعرض الهلاك، وهو ضد الصيانة.

ولنا: أنه ﷺ قال للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده: «ذهب حقك»، والإجماع أيضاً؛ فإن الصحابة والتابعين أجمعوا: على أن الرهن مضمون، مع اختلافهم في كيفية الضمان على ثلاثة أقوال، على ما بين في محله.

فالقول بالأمانة المحضة: خرق للإجماع.

والمراد بقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن» على ما قالوا: الاحتباس الكلي؛ بأن يصير مملوكاً له، على ما ذكره الكرخي عن السلف.

ومعنى قوله: «له غنمه، وعليه غرمه» على ما قاله الطحاوي في «شرح الآثار»:

وَتعْتَبرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبضِهِ.

وَيهْلكُ على مِلكِ الرَّاهِنِ؛ فَكَفَنُهُ عَلَيْهِ.

ولِلمرتَهِنِ أَنْ يُطَالِبَ الرَّاهِنَ بِدَينِهِ، ويحبسَهُ بِهِ وإِنْ كَانَ الرَّهْنُ عِنْدَهُ.

أنه إذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين.. غرم الراهن ذلك النقص، وإن بيع بفضل عن الدين.. أخذ الراهن ذلك الفضل، ولأن يد المرتهن يد استيفاء، وهو يد الملك والحبس، والاستيفاء يتقرر بالهلاك؛ لأن الاستيفاء يحصل من المالية دون العين؛ فإن الاستيفاء بالعين يكون استبدالاً لا استيفاء، والمرتهن مستوف لا مستبدل [٦٩٣/ب]، والاستيفاء إنما يحصل بحبس الحق والمجانسة بين الأموال؛ باعتبار صفة المالية دون العين.

فكان المرتهن:

أميناً محضاً في حق العين، ولهذا: كان نفقة الرهن على الراهن في حياته، وكفنه بعد مماته.

ويحتمل أن يكون هذا معنى قوله ﷺ: «عليه غرمه».

ومستوفياً في حق المالية، ولو كان الاستيفاء بالعين كما ذهب إليه الشافعي.. لزم أن يكون المرتهن مستبدلاً لا مستوفياً، وهو باطل.

(وتعتبر قيمته يوم قبضه)؛ لأنه كان مضموناً بقبضه، فيعتبر قيمته يوم قبضه.

(ويهلك على ملك الراهن)؛ لما تقدم: أن يد المرتهن يد أمانة في حق العين.

(فكفنه)؛ أي: كفن العبد الرهن بعد موته (عليه)؛ أي: على الراهن؛ لأنه مات على ملكه، وكذا نفقته في حياته عليه؛ لما تقدم.

(وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وإن) وصلية (كان الرهن عنده)؛ أي: عند المرتهن؛ لأن الرهن لا يسقط طلب حقه؛ لأن الاستيفاء لم يتقرر قبل هلاكه، فيطلبه ما دام قائماً حتى يستوفي حقه.

وَلهُ أَنْ يحبسَ الرَّهْنَ بعدَ فسخِ عقدِهِ حَتَّى يقبضَ دَينَهُ.

إِلّا أَنْ يُبرِئَهُ وَلَيْس عَلَيْهِ إِنْ كَانَ الرَّهْن فِي يَده أن يُمكِّنَ الرَّاهِنَ مِن بَيْعِهِ للإِيفاءِ.

وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ: الِانْتِفَاعُ بِالرَّهْنِ، وَلَا إِجَارَتُهُ، ....

(**وله أن يحبس الرهن بعد فسخ عقده حتى يقبض دينه، إلا أن يبرئه**)؛ لأن الرهن لا يبطل بمجرد فسخ العقد، بل يرده على الراهن بطريق الفسخ؛ فإنه يبقى مضموناً ما بقي القبض والدين.

(**وليس عليه إن كان الرهن في يده أن يمكن الراهن من بيعه للإيفاء**)؛ أي: من ثمنه؛ لأن حكم الرهن: الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين.. فلا يصح القضاء من ثمنه.

(**وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن**)؛ أي: بالاستخدام لو عبداً، أو بالسكنى لو داراً، أو باللبس لو ثوباً، أو بالقراءة لو مصحفاً.

ولو استعمله بإذن الراهن.. يبطل الرهن، ثم يعود رهناً بعد الفراغ؛ كما في «الخلاصة»؛ حيث قال.

رجل رهن عند رجل مصحفاً وأمره بالقراءة منه، إن قرأ.. صار عارية، حتى لو هلك.. لا يضمن؛ لأن حكم الرهن: الحبس؛ فإذا استعمله بإذنه.. تغير حكمه، ويبطل الرهن.

ولو فرغ من القراءة، ثم هلك.. يهلك بالدَّين؛ لعوده رهناً.

بخلاف الإجارة؛ فإنه لو أجره بإذن الراهن من الأجنبي... يبطل الرهن وتكون الأجرة للراهن، وليس للمرتهن أن يعيده في الرهن إلا بعقد جديد.

وكذا: ليس للراهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن المرتهن.

(**ولا إجارته**)؛ أي: لا من الراهن، ولا من الأجنبي.

وكذا: ليس للراهن إجارة الرهن إلى المرتهن.

وَلَا إِعارتُهُ، وَيصيرُ بذلك مُتَعَدِّياً، وَلَا يبطلُ بِهِ الرَّهْنُ.

وَإِذا طلبَ دينَه.. أُمِرَ بِإِحضارِ الرَّهْنِ.

وفي «الحاوي»: لا تجوز إجارة الرهن من الراهن، ولا من المرتهن، ولا من الأجنبي؛ فإذا أجر.. خرج عن كونه رهناً، ولا يعود [٦٩٤/أ] إليه إلا بعقد جديد. انتهى.

وفيه نظر؛ لما في «الخلاصة»: لو أن رجلاً رهن عند رجل ثوباً، فقبضه المرتهن، فاستعاره منه الراهن، فأعاره إياه، أو أجره منه، أو أودعه عند الراهن.. كانت الإجارة باطلة، وكان بمنزلة العارية، وللمرتهن أن يسترده.

ولو أمره الراهن أن يودعه إنساناً، أو يعيره، أو يؤجره ففعل:

فإن أودعه.. فهو رهن على حاله؛ فإن هلك في يد المودع.. بطل الدين.

ولو أعاره.. خرج عن ضمان الرهن، وللمرتهن أن يسترده.

ولو أجره.. فالأجر للراهن، وليس للمرتهن أن يعيده في الرهن إلا برهن جديد. انتهى.

فالظاهر منه: الفرق بين إجارة المرتهن من الراهن، وبين إجارته من الأجنبي.

(**ولا إعارته**)، وهذا: لأن المالك رضي بحبسه لدينه، لا بانتفاعه به.

(**ويصير بذلك**)؛ أي: بالانتفاع به بدون إذن مالكه (**متعدياً**)، فيكون مضموناً عليه، حتى لو نقص في قيمته.. يضمن تمام قيمته؛ كما في ضمانات «العمادية».

ولو هلك وقت استعماله.. يصير مستوفياً لدينه.

(**ولا يبطل به**)؛ أي: بالتعدي (**الرهن**)، حتى لو زال التعدي.. عاد الرهن إلى حكمه كما كان.

(**وإذا طلب**) المرتهن (**دينه**) ولو في غير بلد العقد (.. **أمر**) المرتهن (**بإحضار الرهن**) أولاً؛ ليعلم أنه باق أو لا، ولأن قبض الرهن قبض استيفاء، فلا يجوز أن

فَإِذا أحضرَهُ.. أُمِرَ الرَّاهِنُ بِتَسْلِيمِ كلِّ دَيِنِهِ أَولاً، ثُمَّ أُمِرَ الْمُرْتَهِنُ بِتَسْلِيمِ الرَّهْنِ.

وَكَذَا: لَو طَالبَهُ بِالدَّينِ فِي غيرِ بلدِ العقدِ، وَلم يكن للرَّهْنِ حَمْلٌ وَمؤنَةٌ.

فإِنْ كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمؤنَةٌ.. فَلهُ أَن يَسْتَوْفِيَ دَينَهُ بِلَا إِحْضَارِ الرَّهْنِ.

وَكَذَا: إِنْ كَانَ الرَّهْنُ وُضِعَ عِنْدَ عدلٍ.

يقبض له مع قيام يد الاستيفاء؛ لأنه يؤدي إلى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن، وهو محتمل. كذا في «الزيلعي».

(فإذا أحضره) المرتهن (.. أمر الراهن بتسليم كل دينه أولاً، ثم أمر المرتهن بتسليم الرهن)؛ ليتعين حق المرتهن كما تعين حق الراهن في الرهن؛ تحقيقاً للتسوية بينهما؛ كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع أولاً، ثم يسلم المشتري الثمن؛ ليتعين حق المشتري أولاً في المبيع؛ كما تقدم في البيع.

(وكذا)؛ أي: يؤمر المرتهن أولاً بإحضار الرهن (لو طالبه)؛ أي: طالب المرتهن الراهن (بالدين في غير بلد العقد ولم يكن للرهن حمل ومؤنة)؛ لأن الأماكن كلها في حقه كبقعة واحدة في حق التسليم، ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء فيه في باب السلم بالإجماع.

(فإن كان له حمل ومؤنة.. فله أن يستوفي دينه بلا إحضار الرهن)؛ أي: لا يكلف بإحضار الرهن؛ لأنه نقل، والواجب على المرتهن: التسليم بالتخلية دون النقل؛ لأنه يتضرر به زيادة ضرر.

ولكن.. للراهن أن يحلفه بالله ما هلك الرهن؛ كذا في «الدرر» نقلاً عن [٦٩٤/ب] «الكافي».

(وكذا إن كان الرهن وضع عند عدل)؛ أي: بأمر الراهن.

وهذا: لأن الراهن لم يؤتمن على المرتهن حتى وضع رهنه على يد غيره، فلم

وَلَا يُكَلَّفُ بِإِحضارِهِ، وَلَا بِإِحضارِ ثمنِ رَهنٍ بَاعَهُ الْمُرْتَهِنُ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ حَتَّى يقبضَهُ.

وَلَا إِن قَضَى بعضَ حَقِّهِ بِتَسْلِيمِ حِصَّتِهِ حَتَّى يقبضَ الْبَاقِي.

يكن تسليمه في قدرة المرتهن، حتى لو أخذ المرتهن الرهن من يد العدل.. يكون غاصباً.

وكذا لو وضعه العدل في يد من في عياله، وغاب، فطلب المرتهن دينه، والذي في يده يقر بالوديعة من العدل ويقول: لا أدري لمن هو.. يجبر الراهن على قضاء الدين؛ لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن؛ لأنه لم يقبض منه.

وكذا إذا غاب العدل، ولا يدري أين هو؛ لما قلنا.

بخلاف ما إذا جحد الذي أودعه العدل الرهن بأن قال: هو مالي.. حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشيء؛ حتى يثبت أنه رهن؛ لأنه لما جحد.. فقد توى المال، والتوى على المرتهن، فيتحقق الاستيفاء، فلا يملك المطالبة به. كذا في «الزيلعي».

(ولا يكلف) المرتهن (بإحضاره)؛ أي: الرهن، (ولا بإحضار ثمن رهن باعه المرتهن بأمر الراهن حتى يقبضه) أو الثمن؛ يعني: إذا رهن جارية مثلاً، وأذن له ببيعها إذا جاء الأجل بالنقد والنسيئة، فباعها المرتهن عند حلول الأجل بالنسيئة، ثم جاء يطلب الراهن دينه، فامتنع الراهن حتى يحضر الرهن أو ثمنه.. أجبر الراهن على قضاء دينه، ولا يكلف المرتهن بإحضار الرهن ولا ثمنه؛ لأنه باعه بإذنه.

ولو قبض الثمن.. يكلف بإحضاره؛ لقيام البدل مقام المبدل.

(ولا) يكلف أيضاً (إن)؛ أي: مرتهن (قضى بعض حقه) من الدين (بتسليم): متعلق بيكلف.

(حصته)؛ أي: حصة ذلك البعض من الرهن (حتى يقبض الباقي) من الدين؛ لأن له أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية؛ كما في حبس المبيع لقبض الثمن؛ فإن

وللمرتَهِنِ أَن يحفَظَ الرَّهْنَ بِنَفسِهِ وَزَوجتِهِ وَولدِهِ وخادِمِهِ الَّذِي فِي عِيَالِهِ.

فَإِن حفظَهُ بغيرِهم، أَو أودَعهُ.. ضَمِنَ كلَّ قِيمَتِهِ.

وَكَذَا: إِن تعدَّى فِيهِ، أَو جعلَ الْخَاتِمَ فِي خِنْصَرِهِ.

فَإِن جعلَهُ فِي إِصْبَعٍ غيرِهَا.. فَلَا.

للبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض جميع الثمن.

(**وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه، وزوجته، وولده، وخادمه الذي في عياله**).

ودخل في الخادم: أجيره مشاهرة أو مسانهة، والذي يسكن معه؛ فإن العبرة: بالمساكنة لا النفقة، حتى إنّ المرأة لو دفعته إلى زوجها.. لا تضمن؛ مع أن الزوج ليس في نفقتها لكونهما ساكنين معاً.

وهذا: لما تقدم: أن عينه أمانة في يد المرتهن؛ والأمانات تحفظ بنفسه وبمن في عياله الذي يسكن معه.

(**فإن حفظه بغيرهم أو أودعه.. ضمن كل قيمته**)؛ لما ذكر: أن عينه أمانة، والأمانات تضمن بهذه الأشياء؛ لكونها تعدياً.

وإنما ضمن كل قيمته؛ لأنه صار بذلك غاصباً، وفي الغصب: يضمن كل القيمة [٦٩٥/أ]، فكذا هكذا.

(**وكذا**)؛ أي: ضمن كل قيمته (**إن تعدى**)؛ أي: صريحاً، فتحسن المقابلة بما قبله وما بعده.

(**فيه**)؛ أي: في الرهن.

(**أو جعل الخاتم**) الرهن (**في خنصره**)؛ لأنه استعمال بغير إذن صاحبه، فيكون تعدياً.. فيضمن كل قيمته ضمان الغصب.

(**فإن جعله في إصبعٍ غيرها**)؛ أي: غير خنصره (.. **فلا**) يضمن؛ لأن جعله في إصبع آخر يميناً أو يساراً: حفظ لا استعمال.

وَعَلِيـهِ مُؤنَـةُ حفظِـهِ وردِّهِ إِلَـى يَـدِهِ، أَو ردِّ جزئِـهِ؛ كَـأُجْرَةِ بَيـتِ حفظِـهِ وحافظِهِ.

أَمَّا جُعْلُ الْآبِقِ والمداوةُ وَالْفِدَاءُ مِنَ الْجِنَايَةِ.. فمنقسِمٌ على الْمَضْمُونِ وَالْأَمَانَةِ.

ولو رهنه بسيفين فتقلدهما.. ضمن، وفي الثلاثة.. لا يضمن؛ لأن العادة بين الشجعان بتقليد السيفين في الحرب دون الثلاثة.

ولو رهنه خاتمين، فلبس خاتماً فوق خاتم؛ فإن كان ممن يحتمل يلبس خاتمين.. ضمن؛ لأنه مستعمل، وإلا.. فلا؛ لأنه حافظ.

(**وعليه**)؛ أي: على المرتهن (**مؤنة حفظه**)، حتى إذا شرط على الراهن.. لا يلزمه.

(و) مؤونة (**رده إلى يده**)؛ أي: يد المرتهن؛ يعني: ما يلزمه لرد العين إلى المرتهن إذا خرج من يده.. فهو على المرتهن.

(**أو**) مؤونة (**رد جزئه**)؛ أي: جزء الرهن؛ (**كأجرة بيت حفظه وحافظه**)، الضمير فيهما إلى الرهن، وكلاهما مثال لمؤونة حفظه؛ يعني: أجرة بيت حفظ الرهن، وأجرة حافظه: على المرتهن؛ لأن إمساك الرهن وحفظه حق له واجب عليه، فتكون مؤونته عليه، هذا على إطلاقه.

جواب ظاهر الرواية: عن أبي يوسف: أن أجرة المأوى للغنم على الراهن، بمنزلة النفقة؛ لأنه سعى في تبقيته.

(**أما جعل الآبق**) هو - بضم الجيم - أي: أجرة رده من الفرار من يد المرتهن، وهذا مثال لقوله: «ورده إلى يده».

(**والمداواة**)؛ أي: أجرة مداواة الرهن من الجروح والقروح، وكذا ثمن الدواء، وهذا مثال لقوله: «أو رد جزئه».

(**والفداء من الجناية**)؛ أي: جناية الرهن (.. **فمنقسم على المضمون والأمانة**)؛

وَمؤنَةُ تبقيتِهِ وإِصلاحِهِ: على الرَّاهِنِ كَالنَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ.

وَأُجْرَةُ الرَّاعِي، وَأُجْرَةُ ظِئرِ ولدِ الرَّهْنِ، وَسقيُ الْبُسْتَانُ، وتلقيحُ نخلِهِ، وجذاذُهُ، وَالْقِيَامُ بمصالِحِهِ.

فإن كانت قيمة الرهن مساويةً للدين.. فكل الجعل والمداواة والفداء على المرتهن؛ كأجرة بيت حفظه.

وإن كانت قيمته أكثر من الدين.. فعلى المرتهن من الجعل والمداواة والفداء: بقدر المضمون؛ أعني: ما يساوي الدين، وعلى الراهن بقدر الأمانة؛ أعني: الزائد على الدين؛ لأن المرتهن في قدر الأمانة بمنزلة المودع، فلا يلزم عليه مؤونته، وليس هذا مثل أجرة بيت حفظه؛ لأن جميعها على المرتهن وإن كانت قيمة الرهن زائداً على الدين؛ لأن ذلك إنما يلزم بسبب حق المرتهن وهو الحبس، وحق الحبس ثابت في الكل، فتلزم مؤونة الحبس كلها عليه أيضاً.

بخلاف جعل الآبق والمداواة؛ فإنهما إنما يلزمان لإعادة يد الاستيفاء في نفس الرهن في الآبق في الجزء الغائب في المداواة [٦٩٥/ب]، وحق الاستيفاء ثابت له في المضمون لا في الأمانة.

(ومؤنة تبقيته)؛ أي: مؤنة ما يرجع إلى بقاء الرهن؛ سواء كان في الرهن زيادة على الدين أو لا (وإصلاحه: على الراهن)؛ لأن عين الرهن باقية على ملكه، وكذا منافعه مملوكة له.. فتكون مؤونة بقائه وإصلاحه عليه؛ لأن الغرم بالغنم.

(كالنفقة) من مأكولاته ومشروباته (والكسوة)؛ أي: كسوة العبد الرهن، (وأجرة الراعي، وأجرة ظئر ولد الرهن، وسقي البستان)، وكري النهر (وتلقيح نخله، وجذاذه)؛ أي: قطعه، (والقيام بمصالحه)؛ أي: مصالح الرهن مما يرجع إلى تبقيته كلها: على الراهن لما ذكرناه.

ويجوز أن يكون الضمير إلى البستان.

وعلى الراهن أيضاً عُشْرُ الرهن وخراجه؛ لأن مؤونته على الملك.

وَمَا أَدَّاهُ أَحدُهمَا ممَّا وجبَ على صَاحبِهِ بِلَا أَمِرٍ.. فَهُوَ تبرُّعٌ.

وبأَمرِ القَاضِي: يرجعُ بِهِ.

وَعَنِ الإِمَامِ: أَنَّهُ لَا يرجعُ أَيْضاً؛ إِن كَانَ صَاحبُهُ حَاضراً.

(وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه) من الراهن أو المرتهن (بلا) أمر الآخر أو (أمر) القاضي (.. فهو)؛ أي: ما أداه (تبرع)؛ كما إذا قضى دين غيره بغير أمره.

(وبأمر القاضي) بالأداء وجعله ديناً عليه (.. يرجع) المؤدي (به)؛ أي: بما أداه على صاحبه.

وأما بمجرد أمر القاضي من غير تصريح بجعله ديناً على صاحبه.. فلا يرجع عليه، كما في «الزيلعي» نقلاً عن «الملتقط».

(وعن الإمام: أنه لا يرجع) المؤدي على صاحبه (أيضاً)؛ أي: كما لا يرجع عند عدم أمر القاضي وجعله ديناً عليه (إن كان صاحبه حاضراً)، أو إن أداه بأمر القاضي؛ لأنه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي فيأمر القاضي صاحبه بالقضاء.

وقال أبو يوسف: يرجع عليه في الوجهين حاضراً أو غائباً.

* * *

(بَابُ مَا يَجُوزُ ارتِهانُهُ، وَالرَّهْنُ بِهِ، وَمَا لَا يَجُوزُ)

لَا يَصحُّ:

رهنُ الْمشَاعِ، وَإِن مِمَّا لَا يحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، أَو منَ الشَّرِيكِ.

(بَابُ مَا يَجُوزُ ارتِهَانُهُ)

أي: جعله رهناً، (**والرهن به**)؛ أي: أخذ الرهن بمقابلته، (**وما لا يجوز**) ارتهانه.

فذكر أوّلاً ما يجوز ارتهانه بقوله: (**لا يصح**)؛ أي: يفسد (**رهن المشاع وإن**) وصلية (**مما لا يحتمل القسمة**).

قال الشافعي: يصح.

له: أن موجب الرهن: استحقاق بيعه وتعينه له، والمشاع يقبل ذلك، ولئن كان موجبه ثبوت يد الاستيفاء.. فالاستيفاء الحقيقي لا يمتنع بالشيوع، فكذا ثبوت يد الاستيفاء.

ولنا: أن موجبه: ثبوت يد الاستيفاء، واستحقاق الحبس: لتحصيل مقصوده وهو الاستيثاق، وذلك لا يحصل إلا بثبوت اليد عليه، ولهذا: شرط في النص أن يكون مقبوضاً.

بخلاف حقيقة الاستيفاء؛ لأن موجبها: ملك العين المستوفاة فقط لا الحبس، والملك يتصور في المشاع، ولا يتصور الحبس الدائم فيه؛ لأنه يبطل بالمهايأة، فيصير كأنه رهنه يوماً دون يوم، ولهذا.. يستوي فيه ما يحتمل [٦٩٦/أ] القسمة وما لا يحتمل.

بخلاف الهبة؛ حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة على ما تقدم؛ لأن موجبها: الملك، وذلك لا يمتنع بالشيوع، وإنما يمنعها: لزوم غرامة القسمة، وذلك فيما ينقسم؛ لا غير.

(**أو من الشريك**)؛ لما تقدم: من أن ثبوت اليد والحبس الدائم لا يتصور في المشاع ولو من الشريك.

وَلَو طَرَأَ.. فَسَدَ، خلافاً لأَبي يُوسُفَ.

وَلَا رهنُ الثّمرِ على الشّجرِ بِدُونِ الشّجَرِ.

وَلَا الزَّرْعُ فِي الأَرْضِ بِدُونِهَا.

وَلَا الشّجَرِ أَوِ الأَرْضِ مشغولَين بالثَّمرِ وَالزَّرْعِ، ....

بخلاف الإجارة؛ حيث تجوز في المشاع من شريكه على ما تقدم؛ لأن حكمها: التمكن من الانتفاع، لا الحبس الدائم، والشريك متمكن من ذلك.. فيجوز، بخلاف غير الشريك.

(ولو طرأ) الشيوع؛ بأن رهن داراً، ثم فسخا الرهن في نصفه الشائع مثلاً، أو باع نصفه شائعاً، أو استحق بعض الرهن شائعاً (.. فسد) الرهن في رواية «الأصل».

(خلافاً لأبي يوسف).

له: حكم البقاء أسهل من الابتداء، فأشبه الهبة، فلا يمنع الشيوع الطارئ بقاء الرهن.

ووجه رواية «الأصل» - وهو الصحيح -: أن الامتناع؛ لعدم المحلية، وفي مثله: يستوي الابتداء والبقاء؛ كالمحرمية في باب النكاح.

بخلاف الهبة؛ لأن غرامة القسمة لا تمنع القبض حال البقاء، ولهذا.. يصح الرجوع في بعض الموهوب، ولا يصح الفسخ في بعض المرهون.

(ولا رهن الثمر على الشجر بدون الشجر، ولا الزرع في الأرض بدونها، ولا الشجر أو الأرض مشغولين بالثمر والزرع).

والأصل فيها: ما تقدم: من أن تمامه بالقبض محوزاً مفرغاً مميزاً، وهذه الاتصالات تمنع هذا الشرط؛ لأنه لا يمكن قبض الرهن مع قيام هذه الاتصالات.

وكذا: لا يجوز رهن الأرض مشغولاً بالشجر دون الشجر؛ لما ذكرناه.

وكذا: لا يجوز رهن وقف؛ كما صرح به في إجارة الوقف من «قاضي خان».

وَلَو رهنَ الشّجَرَ بمواضِعِها، أَو الدَّارَ بِمَا فِيهَا جَازَ.

وفي «الهداية» و«الزيلعي»: عن أبي حنيفة: إن رهن الأرض بدون الشجر جائز؛ لأن الشجر اسم للنابت، فيكون استثناء الأشجار بمواضعها.

بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء.. حيث لا يجوز؛ لأن البناء اسم للمبنى، فيصير راهناً جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن.

(ولو رهن الشجر بمواضعها، أو الدار بما فيها.. جاز)؛ لأن هذا [مجاورة]، ومجاورة ما ليس برهن: لا يمنع الصحة، كذا في «الزيلعي».

والمراد بمواضعها: هي الأراضي المملوكة، لا الأميرية والوقف؛ لأن رهن الأشجار المغروسة على الأراضي الأميرية والوقف: لا يصح.

ويدخل في رهن الأرض: النخل، والثمر على النخل، والزرع، والرطبة، والبناء، والغرس؛ لأنه تابع؛ لاتصاله، فيدخل تبعاً تصحيحاً للعقد.

بخلاف البيع؛ حيث لا تدخل هذه الأشياء في بيع الأرض [٦٩٦/ب] سوى النخل؛ لأن بيع الأرض والنخل بدون هذه الأشياء: جائز، فلا حاجة إلى إدخالها في البيع من غير ذلك.

وبخلاف المتاع الموضوع في الدار؛ حيث لا يدخل في الرهن من غير ذكر؛ لأنه ليس بتابع؛ لوجه ما قال في «الزيلعي»: ويمنع تسليم الرهن: كون الرهن أو متاعه في الدار المرهونة، حتى إذا رهن داراً وهو فيها وقال: سلمتها إليك.. لا يتم الرهن حتى يقول بعدما خرج من الدار: سلمتها إليك؛ لأن التسليم الأول - وهو فيها -: وقع باطلاً؛ لشغلها به، فلا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها؛ كما إذا سلمها ومتاعه فيها.

ويمنع تسليم الدابة المرهونة: الحمل عليها، فلا يتم حتى يلقي الحمل.

بخلاف ما إذا رهن الحمل دون الدابة.. حيث يكون رهناً ثابتاً إذا دفعها إليه؛ لأن الدابة مشغولة به، فصار كما إذا رهن متاعاً في دار، ووعاء دون الدار والوعاء.

وَلَا يجوزُ: رهنُ الْحُرِّ، وَالْمُدبَّرِ، وَأمِّ الْوَلَدِ، وَالْمكَاتَبِ، وَلَا بالأَماناتِ، وَلَا بالدَّركِ، ....

بخلاف ما إذا رهن سرجاً على دابة، أو لجاماً في رأسها، ودفع الدابة مع السرج واللجام.. حيث لا يكون رهناً حتى ينزعه منها، ثم يسلمه إليه؛ لأنه من توابع الدابة، بمنزلة الثمر للنخيل.

(ولا يجوز رهن الحر والمدبر وأم الولد والمكاتب) وكذا الوقف؛ لأن موجب الرهن: ثبوت يد الاستيفاء على ما تقدم، والاستيفاء من هؤلاء: متعذر؛ لاستحقاقهم الحرية، فصار كالحر.

(ولا بالأمانات)؛ كالوديعة والعواري والمضاربة ومال الشركة والكتب الموقوفة.

هذا شروع في ذكر ما لا يجوز الرهن بمقابلته، بعد ذكر ما لا يجوز رهنه.

وإنما لا يجوز الرهن بمقابلة الأمانات؛ لأن قبض الرهن: مضمون بما رهن بمقابلته؛ لكونه استيفاء لا بنفسه، فلا بد من ضمان الرهن به؛ ليقع الرهن مضموناً ويتحقق استيفاؤه من الرهن.

والأمانات ليست بمضمونة، ولا يمكن استيفاؤها من الرهن؛ لتعينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها، فصارت - كالعبد الجاني، والعبد المأذون له في التجارة والشفعة - غير مضمونة على المشتري.

بخلاف الأعيان المضمونة بنفسها؛ حيث يصح الرهن بها على ما سيأتي بيانه.

قال في «قاضي خان»: إذا رهن المودع بعين الوديعة رهناً أو المستعير للعارية.. يكون باطلاً، حتى لو هلك الرهن عند المرتهن.. يهلك بغير شيء.

(ولا بالدرك)؛ لأن الرهن استيفاء، ولا استيفاء قبل الوجوب؛ لأن معنى الدرك: ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، فلمّا لم يستحق.. لا يجب على البائع رد [٦٩٧/أ]

وَلَا بِمَا هُوَ مَضْمُونٌ بِغَيْرِهِ؛ كَالْمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ.

الثمن، وكذا بعد الاستحقاق، حتى يحكم بردِّ الثمن وبفسخ البيع؛ لاحتمال أن يجيز المستحق.

بخلاف الكفالة بالدرك.. حيث تجوز؛ لأن الكفالة يجوز تعليقها بشرط ملائم؛ لأن الكفالة: التزام المطالبة، والتزام الأفعال يجوز معلقاً ومضافاً إلى المال؛ كما في الصوم والصلاة، وليس فيها شيء من معنى التمليك، ولا كذلك الرهن؛ فإنه استيفاء، فيكون تمليكاً، والتمليكات لا يجوز تعليقها ولا إضافتها إلى زمان في المستقبل، فافترقا.

ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق، فهلك عند المشتري.. يهلك أمانة؛ لأنه لا عقد حيث وقع باطلاً.

بخلاف الرهن بالدين الموعود، وهو أن يقول: رهنتك هذا بألف لتقرضني، وهلك في يد المرتهن.. حيث يهلك بما سمى من المال؛ لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة، بل جعل موجوداً اقتضاء؛ لأن الرهن استيفاء، والاستيفاء لا يسبق الوجوب، فيكون الاستيفاء مبنياً عليه، فيكون مضموناً عليه بالأقل مما سمى ومن قيمة الرهن.

وإن لم يسمّ قدر المال؛ بأن رهنه على أن يعطيه شيئاً، فهلك الرهن في يده.. يعطي المرتهن الراهن ما شاء؛ لأنه بالهلاك: صار مستوفياً شيئاً، فيكون بيانه إليه. كذا في «الزيلعي».

(**ولا بما هو مضمون بغيره؛ كالمبيع في يد البائع**)، وهذا: لأن الرهن يجب أن يكون في مقابلة الدين حقيقة أو حكماً، والمبيع في يد البائع ليس بدين حقيقة، وهو ظاهر، ولا حكماً؛ لأنه يجب أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة، والمبيع في يد البائع ليس كذلك، بل مضمون بالغير، وهو الثمن؛ لأنه غير المثل والقيمة، وهذا: لأنه إذا هلك في يد البائع.. سقط الثمن عن ذمة المشتري وهو حق البائع.

وَلَا بِالْكَفَالَةِ بالنفسِ، وَلَا بِالْقصاصِ فِي النَّفسِ وَمَا دونهَا.

وَلَا بِالشُّفْعَةِ، وَلَا بِأُجْرَةِ النَّائحةِ أَو الْمُغنِّيَةِ.

وَلَا بِالْعَبدِ الجاني، أَو الْمَدْيُونِ.

وَلَا يجوزُ للْمُسلمِ رهنُ الْخمرِ، وَلَا ارتهانُها مِن مُسلمٍ أَو ذمِّيٍ.

وإن قبض الرهن بالمبيع، فهلك.. هلك بلا شيء؛ لأنه باطل، ولا اعتبار بالباطل.

(**ولا بالكفالة بالنفس**)؛ لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل، فيتعذر الاستيفاء به، حتى لو هلك الرهن.. هلك بلا شيء.

(**ولا بالقصاص في النفس وما دونها**) من الأطراف؛ لتعذر الاستيفاء بالرهن.

ولو كانت الجناية خطأ.. جاز الرهن؛ لأن الواجب فيها: هو الأرش وهو المال، واستيفاء الأرش ممكن من الرهن.

(**ولا بالشفعة**)؛ بأن قضى القاضي بالشفعة، فطلب الشفيع من المشتري الرهن بالدار المشفوعة.. لا يجوز؛ لأن المبيع ليس بمضمون [٦٩٧/ب] على المشتري، فلذا لو هلك.. لا يلزم المشتري شيء.

(**ولا بأجرة النائحة أو المغنية**)؛ لأن الإجارة على ذلك باطلة، والأجرة غير مضمونة، فلا يجوز الرهن بها، حتى لو هلك الرهن.. هلك بلا شيء؛ إذ لم يقابله شيء مضمون.

وكذا لا يجوز بثمن حر؛ لما ذكرناه.

(**ولا بالعبد الجاني أو المديون**)؛ فإن هذا العبد غير مضمون على المولى؛ فإنه لو هلك.. لا يجب عليه شيء، وإذا لم يكن مضموناً على المولى.. لا يجوز الرهن بهما.

(**ولا يجوز للمسلم رهن الخمر**)؛ أي: أن يرهن عند شخص (**ولا ارتهانها**)؛ أي: أن يقبلها رهناً (**من مسلم أو ذمي**)؛ لتعذر الاستيفاء منه في حق المسلم؛ لعدم كونها

وَلَا يضمنُ لَهُ مرتهنُها وَلَو ذِمِّياً.

ويضمنُها هُوَ لوِ ارتهنَها مِن ذمِّيٍ.

وَيصِحُّ بِالدّينِ وَلَو مَوْعُوداً؛ بِأَن رَهَنَ ليُقرضَهُ كَذَا؛ ....

مالاً متقوماً في حقه، فلا يكون مضموناً.

(ولا يضمن له)؛ أي: للمسلم (مرتهنها ولو) - وصلية - (ذمياً)؛ لأن الرهن إيفاء، والارتهان استيفاء، والمسلم لا يمكنه إيفاء الدين من الخمر ولا استيفاؤه منه؛ لعدم كونهما مالاً مضموناً في حقه.

(ويضمنها هو)؛ أي: المسلم (لو ارتهنها)؛ أي: الخمر (من ذمي)؛ يعني: إذا رهن ذمي خمره من مسلم، فهلكت الخمر في يد المسلم.. يضمن المسلم الخمر للذمي؛ لأنها مال متقوم في حق الذمي؛ كما إذا غصب مسلم خمر الذمي.

(ويصح) الرهن (بالدين) كما هو الأصل في الباب، وهو توطئة لقوله: (ولو) - وصلية - (موعوداً؛ بأن رهن) شيئاً (ليقرضه كذا)؛ أي: ألف درهم مثلاً.

وهذا: لأن الرهن استيفاء، والاستيفاء يتحقق في الواجب وهو الدين ولو موعوداً؛ لأن الدين الموعود: كالموجود باعتبار الحاجة، فيتحقق الوجوب في حقه على ما قدمناه، فيصح الرهن به.

أطلق الدين؛ فشمل:

ما وجب حقيقة وهو ظاهر.

وما وجب ظاهراً دون حقيقة؛ لأن وجوبه ظاهراً فقط: يكفي في صحة الرهن، ولا يشترط وجوبه حقيقة؛ فإنه لو ادعى على رجل ألف درهم ديناً مثلاً، فأنكر المدعى عليه، فصالحه على خمسمائة على الإنكار وأعطاه بها رهناً يساوي خمسمائة، فهلك الرهن عند المرتهن، ثم تصادقا أن لا دين عليه.. فإن المرتهن يضمن خمسمائة للراهن باعتبار ثبوته ظاهراً. ذكره محمد في «الجامع»، على ما سيأتي هذا في الكتاب أيضاً.

فَلَو هَلَكَ فِي يَد الْمُرْتَهِنِ.. لزمَهُ دفعُ مَا وَعَدَ إِن مثلَ قِيمَتِهِ أَو أقلَّ.

وبرأسِ مَالِ السَّلَمِ، وَثمنِ الصَّرْفِ، وبالمُسلَمِ فِيهِ.

وكذا لو اشترى عبداً ورهن بالثمن، فهلك الرهن، ثم ظهر أن العبد حر أو مستحق.. يجب على البائع أن يضمن الأقل من قيمة الرهن ومن ثمن العبد؛ لأن الدين كان ثابتاً ظاهراً، فيترتب عليه أحكامه؛ لأن الأحكام الشرعية تبتنى على الظاهر.

وكذا لو اشترى عبداً أو شاة ذكية أو خلّاً، فرهن [٦٩٨/أ] بثمنه ثوباً، ثم ظهر حراً، والشاة ميتة، والخل خمراً.. كان الرهن مضموناً؛ لثبوت الدين ظاهراً. كذا في «الزيلعي».

(فلو هلك) الرهن (في يد المرتهن.. لزمه دفع ما وعد) من المال المسمى إن سمى؛ كألف درهم مثلاً.

وإن لم يسمّ.. قدره؛ بأن رهنه على أن يعطيه شيئاً، فهلك الرهن في يد المرتهن قبل أخذ ما رهن به.. لزم المرتهن دفع ما شاء من الأشياء؛ لأنه بالهلاك: صار مستوفياً شيئاً، فيكون بيانه إليه.

(إن) كان الموعود (مثل قيمته)؛ أي: قيمة الرهن (أو أقل) من قيمته.

وإن كان أكثر.. لزمه دفع مقدار قيمته من الموعود.

(وبرأس مال السلم، وثمن الصرف، وبالمسلم فيه).

وقال زفر: لا يجوز الرهن بهذه الأشياء؛ لأن حكم الرهن: الاستيفاء على ما بيناه، وأخذ الرهن عن هذه الأشياء ليس باستيفاء؛ لعدم المجانسة بين الرهن وهذه الأشياء، فكان الأخذ استبدالاً لا استيفاءً، وباب الاستبدال في هذه الأشياء مسدود.

ولنا: أن الأخذ فيها استيفاء؛ لوجود المجانسة من حيث المالية؛ فإن الاستيفاء في الرهن إنما هو من حيث المالية لا من حيث العين، والعين أمانة عند المرتهن؛

فَإِنْ هَلَكَ فِي مَجْلِسِ العقدِ قبلَ الافتراقِ.. فقد استُوفِيَ حكماً.

وإِنِ افْتَرقَا قبلَ النَّقْدِ والهلاكِ.. بَطلَ العقدُ.

وَالرَّهْنُ بِالْمُسلَمِ فِيهِ: رهنٌ بِبَدَلِهِ إِذا فُسِخَ.

حتى وجبت نفقته وكفنه على الراهن على ما تقدم، والأعيان من حيث المالية جنس واحد.

فإن قيل: فعلى هذا.. يجوز الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم؛ لوجود المجانسة من حيث المال.

أجيب: بأن المجانسة من حيث المالية لا تكفي في الاستبدال، بل لا بد فيه من تمليك العين أيضاً، وقد قام الدليل على عدم تمليك العين في الرهن.

بخلاف الاستيفاء؛ فإنه يكفي فيه مجرد المجانسة من حيث المالية، بلا حاجة إلى تمليك العين.

وإذا صح الرهن بهذه الأشياء؛ (**فإن هلك**) الرهن (**في مجلس العقد قبل الافتراق.. فقد استوفي حكماً**)، فتم عقد الصرف والسلم؛ لتحقق القبض حكماً مع اتحاد الجنس من حيث المالية.

(**وإن افترقا**) عن المجلس (**قبل النقد**)؛ أي نقد رأس مال السلم وثمن الصرف (و) قبل (**الهلاك**)؛ أي: هلاك الرهن (.. **بطل العقد**)؛ لفوات القبض حقيقة وحكماً.

أما حقيقة: فلعدم النقد.

وأما حكماً: فلأن المرتهن إنما يصير قابضاً بالهلاك، وقد افترقا قبله، فلم يوجد القبض أصلاً، وهو من شرط العقد.

(**والرهن بالمسلم فيه: رهن ببدله إذا فسخ**) عقد السلم؛ يعني: لو تفاسخا عقد السلم، وبالمسلم فيه رهن عند رب السلم.. يكون ذلك الرهن رهناً برأس المال استحساناً، حتى يحبسه به [٦٩٨/ب]؛ لأنه بدله، فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن.. يكون رهناً بقيمته.

وهلاكُهُ بعدَ الْفَسْخِ: هَلَاكٌ بِالْأَصْلِ.

وَيَصِحُّ بالأَعيانِ الْمَضْمُونَةِ بِنَفسِهَا؛ ....

والقياس: أن لا يحبسه به؛ لأنه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض، والمسلم فيه وجب بالعقد، فلا يكون الرهن بأحدهما رهناً بالآخر؛ كما لو كان عليه دينان: دراهم ودنانير، وبأحدهما رهن، فقضاه الذي به الرهن أو أبرأه منه.. ليس له حبسه بالدين الآخر.

وجه الاستحسان: أنه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما، وهو: المسلم فيه عند عدم الفسخ، ورأس المال عند الفسخ.. فيكون محبوساً به؛ لأنه بدله، فقام مقامه؛ إذ الرهن بالشيء: يكون رهناً ببدله؛ كما في المغصوب؛ فإن الرهن به: رهن ببدله، وهو القيمة عند الهلاك.

(**وهلاكه**)؛ أي: هلاك الرهن (**بعد الفسخ**)؛ أي: فسخ عقد السلم (**هلاك بالأصل**)؛ أي: بالمسلم فيه؛ يعني: لو هلك الرهن بعد التفاسخ.. يهلك بالطعام المسلم فيه، فعلى المرتهن - أي: رب السلم - رد مثل الطعام الذي كان على المسلَم إليه ويأخذ منه رأس ماله؛ لأنه رهنه به.

وإن هلك الرهن بالمسلم فيه قبل التفاسخ.. يصير مستوفياً بالمسلم فيه، فلم يبق السلم. كذا في «الهداية».

(**ويصح**) الرهن (**بالأعيان المضمونة بنفسها**).

اعلم: أن الأعيان على ثلاثة أقسام:

قسم غير مضمون أصلاً كالأمانات.

وقسم مضمون بالغير؛ أي: بالثمن، وقد سبق ذكرهما.

وقسم مضمون بنفسها؛ أي: في حد ذاتها.

والوجه فيه: أن الضمان: عبارة عن رد المثل أو القيمة، فالعين إذا كان مثلياً أو قيمياً: يكون بحيث لو هلك.. تعين المثل أو القيمة، فتكون مضمونة في حد ذاتها،

أَي: بِالْمثلِ أَوِ الْقيمَة؛ كالمغصوبِ، وَالْمهْرِ، وَبدلِ الْخُلْعِ، وَبدلِ الصُّلْحِ عَن دمِ عمدٍ، وَبدلِ الصُّلْحِ عَن إِنْكَارٍ ....

مع قطع النظر عن العوارض.

والقسم الثاني، لما لم يكن مضموناً بالمثل أو القيمة، بل مضموناً بالثمن وهو غير المثل أو القيمة.. سموه: مضموناً بالغير، ولما كان معنى المضمون بنفسها ما ذكرناه.. فسره المصنف بقوله: (أي: بالمثل) في المثليات، (أو القيمة) في القيميات؛ (كالمغصوب)؛ فإنه مضمون بالمثل لو مثلياً أو بالقيمة لو قيمياً.

(والمهر وبدل الخلع)؛ عيناً كان أو ديناً، على ما في «قاضي خان»، فعلى تقدير كونها عيناً: فهو مضمون بالمثل أو القيمة، فيصح الرهن بها؛ كما إذا كان ديناً.

(وبدل الصلح عن دم عمد)؛ لأن الضمان متقرر فيه؛ فإنه إن كان قائماً.. يجب تسليمه، وإن كان هالكاً.. يجب قيمته، فكان رهناً [٦٩٩/أ] بما هو مضمون، فيصح.

قال في «قاضي خان»: رجل قتل رجلاً عمداً، فصالح من القصاص على مال مع ولي العمد، وأخذ ببدل الصلح رهناً.. جاز في قولهم.

وكذا: لو كان القتل بما لا يوجب القصاص، فأخذ الولي بالدية رهناً من القاتل.

وكذا: لو كان القتل خطأ، فأخذ الولي من العاقلة رهناً بالدية بعد قضاء القاضي.. جاز.

وكذا: الرجل إذا جرح غيره جراحة لا يستطيع فيها القصاص، فقضى القاضي بالأرش للمجروح وأخذ بالأرش رهناً.. جاز.

وكذا: لو قطع يد رجل خطأ، وقضى القاضي بنصف الدية على العاقلة، فأخذ المقطوع يده رهناً من العاقلة.. جاز.

(وبدل الصلح عن إنكار)؛ بأن ادعى على رجل ألف درهم مثلاً، فأنكره المدعى عليه، فصالحه على نصفه على الإنكار، وأخذ ببدل الصلح؛ أعني: خمسمائة رهنا..

وَإِن أقرَّ الْمُدَّعِي بِعَدَمِ الدَّينِ.

وَلَو رهنَ الْأَبُ لدَينِهِ عبدَ طِفْلِهِ.. جَازَ.

وَكَذَا: الْوَصِيُّ؛ فَإِن هَلَكَ.. لزمَهُما مثلُ مَا سقطَ بِهِ مِن دَينهِما.

صح (وإن) وصلية (أقرَّ المدعي بعدم الدين)؛ لأن الدين ثابت ظاهراً، وثبوت الدين بحسب الظاهر: يكفي في صحة الرهن، ولا يشترط ثبوته حقيقة على ما تقدم.

(ولو رهن الأب لدينه عبد طفله)، قيد بالطفل؛ فإنه لا يجوز للأب أن يرهن عبد ولده الكبير بدين نفسه إلا بإذن ولده (.. جاز).

(وكذا الوصي)؛ أي: بمنزلة الأب في ذلك.

والأصل فيه: أن هذا أنظر في حق الصبي؛ لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ؛ مخافةَ الغرامة، ولو هلك.. هلك مضموناً، والوديعة: أمانة لا تضمن، وتصَرُّف الأب والوصي فيما هو أنفع وأنظر للصبي: نافذ.

وعن أبي يوسف وزفر: أنهما لا يملكان، وهو القياس؛ لأن الرهن إيفاء حكماً، فلا يملكانه؛ كالإيفاء حقيقة.

وجه الاستحسان - وهو الظاهر من الرواية -: أن في حقيقة الإيفاء: إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال، وفي الرهن: نصب حافظ لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه، فافترقا، فلا يقاس أحدهما على الآخر.

ثم إذا جاز الرهن.. يصير المرتهن مستوفياً دينه عند هلاكه حكماً، ويصيران موفيين له به.

(فإن هلك) الرهن؛ أعني: العبد مثلاً (.. لزمهما)؛ أي: الأب والوصي؛ لأنهما أوفيا دينهما بماله (مثل ما سقط به)؛ أي: بالرهن (من دينهما)؛ أي: يضمنان للصغير مقدار دينهما دون الزيادة على دينهما من قيمة الرهن.

قال في «النهاية»: ويضمن الأب والوصي للصغير قيمة الرهن إذا كانت قيمته مثل الدين، وإن كانت القيمة أكثر.. ضمنا [٦٩٩/ب] مقدار الدين دون الزيادة؛ لأنهما

وَلَو رَهنَهُ الْأَبُ مِن نَفسِهِ، ....

في الزيادة مودعان؛ ولهما الولاية في ذلك. انتهى.

وذكر في «الزيلعي» أيضاً كذلك؛ حيث قال: ولا يضمنان الفضل على الدين؛ لأنه أمانة عند المرتهن، ولهما ولاية الإيداع فقط.

سوَّى بين الأب والوصي في ذلك ولم يفرق، وقد فرق بينهما في «قاضي خان»؛ حيث قال: ولو قضى الوصي دين نفسه بمال اليتيم.. لا يجوز، ولو فعل الأب.. جاز؛ لأن الوصي لا يملك أن يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة، والأب يملك الرهن بمنزلة القضاء، ولو قضى الأب دين نفسه بمال اليتيم.. جاز، ولا يجوز ذلك للوصي، فكذا الرهن. انتهى.

وهل لهما تسليط المرتهن على بيع عبد الصغير؟

ففي «الهداية» و«الزيلعي»: وكذا: يجوز تسليط الأب والوصي المرتهن على بيع مال الصغير؛ لأنه توكيل له على بيعه، وهما يملكانه.

ثم إذا أخذ المرتهن الثمن من المشتري بدينه.. وجب على الأب والوصي ضمان الرهن؛ لأنهما أوفيا دينهما بماله، وأصل هذا: البيع؛ فإن الأب أو الوصي إذا باع مال الصغير من غريم نفسه.. تقع المقاصة، ويضمنان للصغير عندهما.

وعند أبي يوسف: لا تقع المقاصة، ويأخذ البائع الثمن من المشتري للصغير، ويأخذ المشتري دينه من البائع؛ فإذا لم يملك الأب والوصي قضاء دينهما بمال الصغير بطريق البيع عنده.. فكذا لا يملك بطريق الرهن أيضاً.

وعندهما: لما ملكا قضاء دينهما بمال الصغير بطريق [البيع][1].. ملكا أيضاً بطريق الرهن؛ لأن الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة المالية.

(ولو رهنه)؛ أي: مال الصغير (الأب من نفسه) يريد به: بيان جواز كون الأب راهناً ومرتهناً بالنسبة إلى مال واحد ذكره في ثلاث صور:

(١) زيادة من «الزيلعي» (٦/٧٣).

أَو مِن ابْنٍ آخرَ صَغِيرٍ لَهُ، أَو مِن عبدٍ لَهُ تَاجرٍ لَا دينَ عَلَيْهِ.. صَحَّ. بِخِلَافِ الْوَصِيّ.

- **أحداها**: أن يكون ديناً للأب على ابنه الصغير، فيأخذ من مال الصغير شيئاً ويحفظه عنده رهناً، فيكون الأب راهناً من جهة ابنه الصغير ومرتهناً لنفسه، وهذا جائز؛ لأن الأب لوفور شفقته: نزل منزلة شخصين، وأقيمت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير من نفسه.

- **وثانيتها**: ما ذكره بقوله: (**أو من ابن آخر صغير له**)؛ يعني: لو كان لابنه الصغير ديناً على ابن آخر صغير له، فرهن الأب مال ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الآخر الدائن.. جاز؛ لما ذكرناه، فيكون الأب راهناً من وجه، ومرتهناً من وجه كما عرفت.

- **وثالثتها**: ما ذكره بقوله: (**أو من عبد له تاجر لا دين عليه**)؛ يعني: لو كان [٧٠٠/أ] لعبده التاجر له دين على ابنه الصغير، فرهن الأب مال ابنه الصغير من عبده التاجر.. جاز لما ذكرناه أيضاً.

قيده بعدم الدين؛ لأن الشبهة فيما لا دين عليه؛ أما إذا كان عليه دين.. فلا شبهة في جوازه؛ لأنه يجوز من الوصي على ما سيأتي ذكره، فلأن يجوز من الأب: أولى. كذا في «العناية».

(.. صح) جواب «لو» أي: صح الرهن في الصور الثلاث كلها؛ لأن الأب لوفور شفقته لما نزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد؛ كما في بيعه مال الصغير من نفسه.. كان يتولى طرفي العقد.

(**بخلاف الوصي**)؛ فإنه لو رهن مال الصغير من نفسه - أي: ارتهنه أو من ابنه الصغير، أو من عبده التاجر ولا دين عليه - بدين الصغير لهؤلاء.. لم يجز؛ كما لو رهن عيناً له من الصغير بحق الصغير عليه؛ لأن الوصي وكيل محض، والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن؛ كما لا يتولاهما في البيع، لكن تركناه في الأب لما

وَإِنِ اسْتَدَانَ الْوَصِيُّ لِلْيَتِيمِ فِي كِسوَتِهِ، أَو طَعَامِهِ وَرهنَ بِهِ مَتَاعَهُ.. صَحَّ.
وَلَيْسَ للطِّفلِ إِذا بلغَ نقضُ الرَّهْنِ فِي شَيْءٍ من ذَلِكَ، مَا لم يقْضِ الدَّينَ..

ذكرناه من وفور شفقته، والوصي قاصر الشفقة، فلا يعدل في حقه عن الحقيقة إلحاقاً له بالأب.

بخلاف ما لو رهن الوصي مال الصغير من ابنه الكبير أو أبيه أو عبده الذي عليه دين.. فإنه يجوز؛ لأنه أجنبي عنهم؛ لعدم ولايته عليهم.

بخلاف الوكيل بالبيع؛ فإنه لا يجوز بيعه منهم؛ لأنه متهم فيه، ولا تهمة في الرهن؛ لأن له حكماً واحداً، وهو: أن يكون مضموناً بالأقل من قيمته ومن الدين، وذلك لا يختلف بين الأجنبي والغريب.

(وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته أو طعامه، ورهن به متاعه)؛ أي: متاع اليتيم (.. صح)؛ لأن الاستدانة جائزة للحاجة، والرهن يقع إيفاء للحق، فيجوز.

وكذلك لو اتجر الوصي لليتيم فارتهن أو رهن بهذه التجارة.. جاز؛ لأن الأولى لليتيم التجارة له؛ تثميراً لماله، فلا يجد الوصي التاجر بداً من الارتهان والرهن؛ لأنه إيفاء واستيفاء.

(وليس للطفل إذا بلغ نقض الرهن في شيء من ذلك)؛ أي: فيما رهن الأب مال الصغير من نفسه، ومن ابن آخر له صغير، ومن عبد له تاجر، وفيما رهن الوصي مال اليتيم بدين لليتيم في كسوته أو طعامه، أو في تجارته بمال [٧٠٠/ب] اليتيم لليتيم.

(ما لم يقض) الطفل البالغ (الدين)؛ لأن تصرف الأب والوصي وقع نافذاً على الطفل، لازماً له، بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ؛ لقيامه مقامه، فلم يقدر نقضه قبل قضاء دينه.

وكذا: ليس للطفل إذا بلغ نقض ما رهن الأب من مال الطفل بدين الأب نفسه، ما لم يقض الطفل بعد البلوغ ذلك الدين؛ فإذا قضاه الابن.. نقض الرهن، ورجع

وَلَو رهنَ شَيْئاً بِثمنِ عبدٍ فَظهرَ حرّاً، أَو بِثمنِ خلٍّ فَظهرَ خمراً، أَو بِثمنِ ذكيَّةٍ فظهرت ميتَةً.. فالرهنُ مَضْمُونٌ.

وَجَازَ رهنُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وكلِّ مَكِيلٍ وموزونٍ.

فَإِنْ رُهِنَتْ بجِنسِها.. فهلاكُها بِمِثْلِهَا مِنَ الدَّينِ، وَلَا عِبْرَةَ للجُودَةِ.

الابن به في مال الأب؛ لأن الابن مضطر فيه؛ لحاجته إلى تخليص ماله للانتفاع به، فأشبه معير الرهن؛ فإنه لو أعار شخص متاعه لشخص لرهنه، فرهنه المستعير لدائنه بدينه، ثم قضى المعير دين المستعير لدائنه لتخليص متاعه من يد المرتهن.. رجع به في مال المستعير؛ لضرورة حاجته إلى تخليص متاعه من يد المرتهن.

ولو رهن الأب مال الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير.. جاز؛ لاشتماله على أمرين جائزين.

ثم حكمه في حصة دين الأب: كحكمه فيما لو كان كله رهناً بدين الأب.

(ولو رهن شيئاً بثمن عبد، فظهر حراً)؛ يعني: اشترى عبداً ورهن بثمنه شيئاً، فهلك الرهن، ثم ظهر العبد حراً أو مستحقاً (أو) رهن شيئاً (بثمن خلّ) اشتراه، (فظهر) ذلك الخل الذي اشتراه ورهن بثمنه (خمراً، أو بثمن ذكية فظهرت ميتة.. فالرهن مضمون) بعد الهلاك بالأقل من: قيمته، ومن ثمن العبد، أو الخل، أو الذكية؛ لما تقدم: أن وجوب الدين ظاهراً يكفي لصحة الرهن، ولا يشترط وجوبه حقيقة، والدين في هذه الصور ثابت ظاهراً وإن لم يثبت حقيقة.

(وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون)؛ لإمكان الاستيفاء منها، فكانت محلاً للرهن.

(فإن رهنت بجنسها.. فهلاكها بمثلها من الدين، ولا عبرة للجودة)، ولا للقيمة عند أبي حنيفة؛ لسقوط الجودة والقيمة عند المقابلة بالجنس في الأموال الربوية.. فلا يضر اختلافهما في الجودة والقيمة؛ لأن عنده: يصير مستوفياً عند الهلاك باعتبار الوزن دون القيمة؛ فإذا هلك.. هلك بمثلها من الدين وزناً؛ قلّت قيمته أو كثرت؛ فإن

وَعِنْدَهُمَا: هلاكُها بِقِيمَتِهَا إِن خَالَفت وَزنَهَا.. فَيَضمنُ بِخِلَافِ الْجِنْسِ، وَيَجْعَلُ رهناً مَكَانَ الْهَالِكِ.

تساويا وزناً.. سقط الدين، وإذا كان الدين زائداً.. يسقط قدر الرهن منه وبقي الزائد في ذمة المرتهن، وإن عكس.. سقط قدر الدين منه [٧٠١/أ] والفضل للراهن. كذا في «الدرر».

(**وعندهما: هلاكها بقيمتها إن خالفت**) قيمتها (**وزنها**)؛ بأن كانت قيمتها أكثر من وزنها أو أقل، (**فيضمن**) المرتهن قيمتها (**بخلاف الجنس**)؛ لينقض قبض الهالك، (**ويجعل**) الضمان (**رهناً مكان الهالك**)؛ أي: الرهن الهالك، فيتملكه الراهن.

وهذا: لأنا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من الجودة والرداءة، وأسقطنا القيمة فيه.. أضررنا بأحدهما؛ لأن قيمتها لو كانت أكثر من الوزن.. لتضرر به الراهن، ولو كانت أقل.. لتضرر به المرتهن، ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفياً باعتبارها.. أدى إلى الربا، فتعين ما قلنا - أعني: ضمان قيمتها من خلاف الجنس - ويجعل ذلك الضمان مكان الهالك، فيتملكه الراهن بدل الرهن الأول الهالك.

وذكر في «الجامع الصغير» وقال: فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة، فضاع.. فهو قضاء بما فيه من الدين.

وقال صاحب «الهداية»: معناه: أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر؛ فإنه حينئذ يكون مستوفياً بالاتفاق في الوجهين.

أما عنده: فلأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن؛ فإذا كان وزنه مثل الدين.. يكون بالهلاك مستوفياً؛ سواء كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر.

وأما عندهما: فالاستيفاء باعتبار القيمة، والقيمة مثل الدين في الأول؛ أعني: ما كانت قيمته مثل وزنه، وزيادة عليه في الثاني؛ أعني: ما كانت أكثر، فيصير بقدر الدين مستوفياً.

وأما إن كانت قيمته أقل من الدين.. فهو على الاختلاف المذكور بينه وبين صاحبيه:

فعند أبي حنيفة: يهلك بالدين.

وعندهما: يضمن القيمة من خلاف جنسه.

هذا كله فيما إذا كان الإبريق هالكاً.

وأما إذا كان منكسراً عند المرتهن:

• **ففي الوجه الأول** - أعني: ما كانت قيمته مثل وزنه -: قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يجبر الراهن على الفكاك؛ لأنه إن أجبر عليه؛ فإما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين، أو مع كامل الدين.

لا وجه إلى الأول؛ لأن المرتهن يصير قابضاً دينه بالجودة على الانفراد؛ فإنه لم ينقص من الدين إلا في مقابلة ما فاته من جودة الإبريق بالكسر، وذلك ربا.

ولا إلى الثاني؛ لما فيه من الإضرار بالراهن؛ لأن المرتهن قبض الرهن سليماً عن العيب، وبالانكسار صار معيباً، فيصل إليه [٧٠١/ب] حقه ناقصاً إذا لم يسقط شيء من دينه، وذلك ضرر به، فخيرناه بين أن يفتكه بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين، وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه، أو خلاف جنسه مصنوعاً، فيكون الضمان رهناً عند المرتهن، ويملك المكسور بالضمان.

وقال محمد: إن شاء.. افتكه ناقصاً، وإن شاء.. جعله بالدين اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك الحقيقي، وفي الهلاك الحقيقي: مضمون بالدين بالإجماع، فكذا فيما هو في معناه.

• **وفي الوجه الثالث**[1] - أعني: ما كانت قيمته أقل من وزنه -: بأن يكون

---

(١) قال في «العناية» (١٠/١٦٥): إنما قدم الوجه الثالث على الثاني؛ لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان، وفيه طول.

الوزن عشرة كالدين، وقيمته ثمانية مثلاً؛ لوجود غش فيه.. يضمن قيمته جيداً من خلاف جنسه؛ احترازاً عن الربا، أو ربا من جنسه، ويكون المضمون رهناً عنده إلى أن يحل الأجل، ويكون المكسور له، وهذا بالاتفاق.

أما عندهما: فظاهر؛ كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار، على ما تقدم.

وكذا عند محمد؛ لأنه يعتبر الانكسار بالهلاك كما تقدم، والهلاك عنده بالقيمة فيما إذا كانت قيمة الإبريق أقل من وزنه لا بالدين، فكذا الانكسار.

- **وفي الوجه الثاني؛** أعني: ما كانت قيمته أكثر من وزنه، وزنه: عشرة كالدين، وقيمته: اثني عشر لجودة وصناعة فيه.. عند أبي حنيفة: يضمن جميع قيمته بخلاف جنسه، ويكون رهناً عنده.

وعند أبي يوسف: يضمن خمسة أسداس قيمته، ويهلك خمسة أسداس الإبريق، ويفرز سدسه حذراً عن طريان الشيوع.. فإن الشيوع الطارئ فيه: كالمقارن في إفساد الرهن كما تقدم.

وعند محمد: أن النقص بالانكسار؛ إن كان درهماً أو درهمين.. يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين، وإن كان أكثر من ذلك.. يخير الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتهن بدينه، وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين.

وجه قول أبي حنيفة: أن العبرة في الأموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة؛ فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضموناً؛ كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين.. جعل الرهن كله مضموناً من حيث القيمة.

وإن كان بعضه مضموناً؛ كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين.. فبعضه مضمون، وهو مقدار الدين، لا الزائد عليه.

وتنقسم الجودة على المضمون والأمانة، فحصة المضمون: مضمون، وغيرها:

أمانة، وهذا [٧٠٢/أ]: لأن الجودة تابعة للذات، ومتى صار الأصل مضموناً.. استحال أن يكون التابع أمانة.

وفي مسألتنا: كان كله مضموناً من حيث القيمة والوزن؛ لأن الفرض: أن وزن الرهن مثل وزن الدين، فيكون كله مضموناً من حيث القيمة؛ لئلا يكون حكم التبع مخالفاً لحكم الأصل.

والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك: أن حالة الهلاك حالة استيفاء، فيقع الفضل أمانة، وهذه الحالة ليست كذلك عنده، بل بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن، فيكون مضموناً بالقيمة كالمغصوب، لكن بخلاف جنسه.

ووجه قول أبي يوسف: أن الضمان والأمانة يشيع في الوزن والجودة؛ لأن الجودة متقومة في ذاتها؛ بدليل: اعتبارها عند المقابلة بخلاف جنسها.

وفي تصرف المريض؛ فإنه إذا باع قلباً وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة.. لم يسلم للمشتري، ويعتبر خروجه من الثلث، وإهدارها عند المقابلة بالجنس: ثابت بالنص، لا لكونها هدراً في ذاتها، فكانت زيادة القيمة بالجودة: كالزيادة في الوزن، فأمكن اعتبارها، ويصير خمسة أسداس الإبريق مضموناً لجودته وصنعته، وسدسه أمانة، فالتغيير بالانكسار فيما هو أمانة: لا يعتبر، وفيما هو مضمون: يعتبر، وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضاً، فيضمن قيمة خمسة أسداس من خلاف جنسه.

ووجه قول محمد: أن الوزن مضمون، والجودة أمانة للمناسبة؛ لأن الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه، وصفة الأمانة في المرهون أيضاً كذلك، فيجعل الأصل في مقابلة الأصل، والتبع في مقابلة التبع؛ فإذا ظهر ذلك:

فإن زاد النقصان على الدرهمين.. وقع النقصان في المضمون - وهو العشرة - بالانكسار، [والانكسار] عنده: كالهلاك، وفي هذا الفصل عند الهلاك.. يصير مستوفياً دينه، فكذلك عند الانكسار: يكون مضموناً بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا.

وَمَـن شـرى علـى أَنْ يُعْطَـى بِـالثّمنِ رهنـاً بِعَيْنِـهِ، أَو كَفِـيلاً بِعَيْنِـه.. صَـحَّ اسْتِحْسَاناً.

فَإِنِ امْتنعَ عَن إعطائِهِ.. لَا يُجْبَرُ.

وإن لم يزد على الدرهمين.. وقع النقصان في الأمانة، والرهن المضمون باق على حاله، فيجبر الراهن على الفكاك؛ كما لو لم ينقص منه شيء.

واعلم: أن الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك، وإنما الفاصل: نقصان [٧٠٢/ب] مقدار الصناعة كائناً ما كان، وإنما وقع الدرهمان هنا باعتبار: أن الزيادة في المسألة مفروضة كذلك. كذا في «العناية» وتفصيله في «الزيلعي».

(**ومن شرى شيئاً على أن يعطي**) للبائع (**بالثمن رهناً بعينه**)؛ إذ لو كان الرهن غير معين.. لا يصح مطلقاً، (**أو كفيلاً بعينه**)، قيده بذلك: لما ذكرناه (.. **صح**) العقد (**استحساناً**).

والقياس: أن لا يصح؛ لأنه صفقة في صفقة، وهو منهي عنه، ولأنه شرط لا يقتضيه عقد البيع، وفيه منفعة لأحدهما، فلا يصح.

وجه الاستحسان: أنه شرط يلائم العقد؛ لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وأن يلائم الوجوب، وإذا كان الكفيل معيناً حاضراً في المجلس، والرهن معيناً.. اعتبرنا فيه المعنى وهو الملائمة للعقد، فيصح العقد.

وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معيناً، أو كان الكفيل غائباً حتى افترقا.. لم يبق معنى الكفالة والرهن وهو الاستيثاق؛ للجهالة؛ لأن المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه، أو يعطي كفيلاً غير ملي، فيفوت الاستيثاق؛ فإذا لم يبق معنى الكفالة والرهن.. بقي الاعتبار لعين الشرط، فيفسد به العقد.

ولو كان الكفيل غائباً، فحضر في المجلس وقبل ذلك.. صح العقد.

وكذا: لو لم يكن الرهن معيناً، فاتفقا على تعيينه في المجلس.. صح.

(**فإن امتنع**) المشتري (**عن إعطائه**)؛ أي: الرهن (.. **لا يجبر**) على الإعطاء.

وَللْبَائِعِ فسخُ البيعِ، إِلّا إِن دفع الثّمنَ حَالًّا، أَو قيمَةَ الرَّهْنِ رهناً.

وَمن شرى شَيْئاً وَقَالَ لبَائِعِهِ: أمسِك هَذَا حَتَّى أُعْطِيكَ الثّمنَ.. فَهُوَ رهنٌ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: وَدِيعَةٌ.

وقال زفر: يجبر عليه؛ لأن الرهن إذا شرط في البيع.. صار حقاً من حقوقه؛ كالوكالة المشروطة في الرهن، فتلزمه بلزومه.

ونحن نقول: الرهن: عقد تبرع من جانب الراهن على ما تقدم، ولا جبر على التبرعات.

(وللبائع فسخ البيع)؛ يعني: أن المشتري وإن لم يجبر على إعطاء الرهن، لكن للبائع خيار الفسخ؛ إن شاء.. رضي بترك الرهن، وإن شاء.. فسخ البيع؛ لأن الرهن وصف مرغوب فيه، وما رضي البائع إلا به، فجبر بفواته.

(إلا إن دفع) المشتري **(الثمن حالاً، أو قيمة الرهن رهناً)**.. فحينئذٍ لا خيار للبائع:

أما على الأول: فلحصول المقصود وهو الثمن.

وأم على الثاني: فلأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو قيمة الرهن.

(ومن شرى شيئاً وقال لبائعه: أمسك هذا حتى أعطيك الثمن.. فهو رهن) عند أبي حنيفة؛ لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء، والعبرة في العقود للمعاني [٧٠٣/أ]، حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل: حوالة، وبشرط مطالبة الأصيل: كفالة؛ اعتباراً للمعنى.

قيل: إن «هذا» إشارة إلى غير الشيء المشتري.

وقال في «العناية»: والصواب: أن المشتري وغيره سواء في ذلك.

(وعند أبي يوسف) - وهو قول زفر أيضاً، على ما في «الهداية» و«الزيلعي»، ومعه محمد أيضاً على ما في «قاضي خان» -: **(وديعة)**؛ لأن قوله: «أمسك»: يحتمل الرهن والوديعة، والثاني أقلهما، فيقضى بثبوته.

وَلَو رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِأَلِفٍ.. فَلَيْسَ لَهُ أَخذُ أَحدِهمَا بِقَضَاءِ حِصَّتِهِ؛ كَالْبيعِ.
وَلَو رهنَ عيناً عِنْدَ رجلَيْنِ.. صَحَّ، وَكلُّهَا رهنٌ لكلٍّ مِنْهُمَا.

بخلاف ما إذا قال: «أمسك بدينك» أو «بمالك» عليَّ حيث يكون رهناً؛ لأنه لما قابله بالدين.. فقد عين جهة الرهن.

(ولو رهن عبدين بألف.. فليس له أخذ أحدهما بقضاء حصته؛ كالبيع)؛ لأن المجموع محبوس بكل الدين، فيكون الجميع محبوساً بكل جزء من أجزاء الدين؛ تحصيلاً للمقصود، وهو: المبالغة في الحمل على إيفاء الدين، فصار كالمبيع في يد البائع؛ فإن المشتري إذا أدى حصة أحدهما من الثمن.. لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن.

وإن سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيئاً من المال الذي رهنه به وهو الدين.. فكذلك الجواب في رواية «الأصل»؛ لأن العقد متحد، فلا يتفرق بتفرق التسمية كالبيع.

وفي «الزيادات»: له أن يقبض أحدهما إذا أدى ما سمى له؛ لأنه لا حاجة فيه إلى اتحاد العقد؛ لأن أحد العقدين لا يصير شرطاً لصحة الآخر؛ حتى إذا قبل الرهن في أحدهما دون الآخر.. جاز فيما قبل.

بخلاف البيع؛ لأن العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن، حتى لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر.. بطل البيع في الكل؛ لأن البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه؛ لأن العادة قد جرت بضم الرديء إلى الجيد في البيع، فيلحقه الضرر بالتفريق.

ولا كذلك الرهن؛ لأن الراهن لا يتضرر بالتفريق، ولهذا لا يبطل به وهذه الرواية هي الأصح، كذا في «الزيلعي».

(ولو رهن عيناً عند رجلين)؛ سواء كانا شريكين في الدين أو لم يكونا شريكين فيه (.. صح، وكلها)؛ أي العين (رهن لكل منهما)؛ لأن الرهن أضيف إلى كل العين في صفقة واحدة، ولا يكون شائعاً باعتبار تعدد المستحق؛ لأن موجبه جعل العين

والمضمونُ على كلٍّ حِصَّةُ دَينِهِ.

فَإِن تهايآ فِي حفظِهَا.. فَكلٌّ فِي نوبَتِهِ كالعدلِ فِي حقِّ الآخرِ.

فَإِن قَضى دَينَ أَحدِهمَا.. فَكلُّهَا رهنٌ عِنْدَ الآخرِ.

محبوساً بالدين، وهو لا يقبل الوصف بالتجزؤ، فصار كله محبوساً بدين كل واحد منهما؛ إذ لا تضايق في استحقاق [٧٠٣/ب] الجنس، ولهذا: الرهن لا ينقسم على أجزاء الدين، بل يكون كله محبوساً بكل الدين، وبكل جزء من أجزائه على ما تقدم.

فكذا: هذا يكون محبوساً بدينهما وبدين كل واحد منهما على الانفراد، وبكل جزء من أجزاء دينهما، فلا شيوع.

بخلاف البيع أو الهبة من رجلين؛ حيث لا يجوز عند أبي حنيفة؛ لأن العين تنقسم فيهما على الرجلين؛ لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل، فيثبت الشيوع ضرورة، فلا يجوز.

(والمضمون على كلٍّ حصة دينه؛ فإن تهايآ في حفظها)؛ بأن حفظها أحدهما يوماً والآخر يوماً (.. فكل) واحد منهما (في نوبته كالعدل في حق الآخر).

قال في «الزيلعي»: هذا: إذا كان مما لا يتجزأ.. فظاهر، وأما إن كان مما يتجزأ.. فالواجب: أن يحبس كل واحد منهما النصف؛ فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر.. وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة، خلافاً لهما؛ كما في الوديعة؛ فإنه إذا دفع عند رجلين ما يقبل القسمة، فدفع أحدهما كله إلى الآخر.. يضمن الدافع عنده، خلافاً لهما.

(فإن قضى) الراهن (دين أحدهما.. فكلها رهن عند الآخر)؛ لما ذكرناه: أن كله محبوس بدين كل واحد منهما على الانفراد، ولكل جزء من أجزاء دينهما، فلا يكون له استرداد شيء منه ما بقي شيء من الدين؛ كما إذا كان المرتهن واحداً، وكما إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن.. كان للبائع حبس البيع كله بنصيب الآخر.

وَلَو رهنَ اثْنَانِ مِن واحدٍ.. صَحَّ، وَله أنْ يمسِكَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ حَقِّهِ مِنْهُمَا.

وَلَوِ ادّعى كلٌّ منِ اثْنَيْنِ: أَنَّ هَذَا رَهَنَ هَذَا الشَّيْءَ مِنْهُ وَقَبَضَهُ وبرهنا عَلَيْهِ.. بَطلَ برهانُهما.

(ولو رهن اثنان) شيئاً بدينهما (من واحد.. صح) ويصير الرهن رهناً بكل الدين.

(وله)؛ أي: للمرتهن (أن يمسكه حتى يستوفي جميع حقه منهما) وليس لأحدهما أن يأخذ حصته من الرهن بعد أداء دينه. كما تقدم.

(ولو ادعى كل من اثنين أن هذا) الرجل (رهن هذا الشيء منه) - مسألة مبتدأة لا تعلق لها بما قبلها، والضمير المجرور: راجع إلى كل من اثنين - (وقبضه وبرهنا عليه)؛ يعني: أن رجلاً في يده عبد مثلاً، فأقام رجلان بينة كل واحد منهما، وهذا الرجل رهنه هذا العبد الذي في يده وقبضه.

(.. بطل برهانهما)؛ لأن كل واحد منهما أثبت ببينة أنه رهنه كل العبد، فلا يتصور ذلك؛ لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهناً لهذا، وكله رهناً لذلك في حالة واحدة، فيمتنع القضاء به لهما معاً ولا لأحدهما بعينه أيضاً؛ لعدم الأولوية، ولا وجه للقضاء بالنصف؛ لأنه يؤدي إلى الشيوع، فتعذر العمل [٧٠٤/أ] بالبينتين، فتهاترتا.

ولا يمكن أن يقدر كأنهما ارتهناه معاً؛ استحساناً؛ لجهالة التاريخ؛ لأن ذلك يؤدي إلى العمل، بخلاف ما اقتضته الحجة؛ لأن كلاً منهما أثبت ببينته حبساً يكون وسيلة إلى تملك كل العبد بالاستيفاء، وبالقضاء يثبت حبسٌ يكون وسيلة إلى تملك شطره بالاستيفاء، فلا يكون عملاً على وفق الحجة، فكان العمل بالقياس أولى؛ لقوة أثره المستتر؛ لأن كل واحد منهما يثبت الحق ببينة على حدة، ولم يرض بمزاحمة الآخر.

بخلاف ما إذا ارتهنا جملة؛ لأن العقد فيه من جانب الرهن واحد، وهنا: بينة

وَلَو بعدَ موتِ الرَّاهِنِ.. قُبِلا، وَيحكمُ بِكَوْنِ الرَّهْنِ مَعَ كلِّ نصفُهُ رهناً بِحقِّهِ.

كل واحد منهما أثبتت عقداً آخر، والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز؛ فإذا وقع الرهن باطلاً؛ فإذا هلك الرهن.. هلك أمانة؛ لأن الباطل لا حكم له.

وهذا: إذا لم يؤرخا؛ فإن أرّخا.. كان صاحب التاريخ الأقدم أولى؛ لأنه أثبته في وقت لا ينازعه فيه أحد.

وكذا: إذا كان الرهن في يد أحدهما.. كان صاحب اليد أولى؛ لأن تمكنه من القبض دليل على سبقه؛ كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد.

إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الأولى، فيكون هو أولى من ذي اليد؛ فإنه صرح في السبق، والصريح يفوق الدلالة.

(**ولو**) برهن كل من اثنين (**بعد موت الراهن**) أن العبد الذي في يديهما الآن رهنه منه هذا الراهن قبيل موته وقبضه منه (**.. قبلا**)؛ أي: قُبلَ بينة كل منهما.

(**ويحكم بكون الرهن مع كل**) واحد منهما (**نصفه رهناً بحقه**).

والجملة في هذه المسألة: أن العبد الرهن؛ إما أن لا يكون في أيديهما بل في يد ثالث، أو يكون في يد أحدهما، أو يكون في أيديهما.

فإن لم يكن في أيديهما.. فهو المذكور أولاً بقوله: «ولو ادعى كل من اثنين أن هذا رهن هذا الشيء منه وقبضه وبرهنا عليه.. بطل برهانهما» وقد بينا وجهه.

وإن كان في يد أحدهما فقط.. كان صاحب اليد أولى على ما ذكرناه.

وإن كان في أيديهما وهو المذكور بقوله: «ولو بعد موت الراهن» يعني: لو مات الراهن وبقي الرهن في يد كل منهما، فادعى كل أن هذا العبد الذي في يديهما ارتهنه من الراهن قبل موته، وبرهن على وفق دعواه.. قبلت بينة كل منهما، ويحكم بكون الرهن مع كل نصفه رهناً لحقه استحساناً، وهو قول أبي حنيفة ومحمد.

وفي القياس: أن هذا [٧٠٤/ب] البرهان باطل أيضاً؛ للتهاتر، وهو قول أبي يوسف؛ لأن المقصود من الرهن: الحبس للاستيفاء، وهو الحكم الأصلي في عقد الرهن، فيكون الحكم به حكماً بعقد الرهن؛ إذ لا يثبت الحكم بدون علته، وإنه باطل للشيوع؛ كما في حالة حياة الراهن.

وجه الاستحسان: أن العقد لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه، وحكمه في حالة الحياة: الحبس، فالشيوع يضره.

وبعد الموت: الاستيفاء بالبيع: من ثمنه، والشائع يقبل البيع، فصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة، أو ادعت أختان أو خمس نسوة النكاح على رجل؛ فإن البينات تهاترت في حالة الحياة، وقبلت بعد الممات.

لأن حكمها في حالة الحياة: ثبوت ملك النكاح، وهو لا يقبل الانقسام ولا الشركة.

وبعد الممات: ثبوت ملك المال بالإرث، وهو يقبل الشركة والانقسام.

هذا فيما إذا كان الاختلاف بين الاثنين غير الراهن، وأما إذا اختلف الراهن والمرتهن.. ففيه تفصيل.

فقال في «البزازية»: عليه ألف درهم رهن به مالاً، فاختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن: بنصفه، وقال المرتهن: بكل الألف.. فالقول للراهن؛ لإنكاره تعلق الرهن بزيادة الدين.

ولو كان الراهن يدعي بألف، والمرتهن بنصفها، والرهن قائم يساوي ألفاً.. تحالفا وترادّا؛ فإن هلك الرهن قبل التحالف.. فالقول للمرتهن؛ لإنكاره زيادة سقوط الدين.

برهن الراهن على المرتهن أنه رهنه شيئاً وقبضه، ولم يعرفه الشهود.. يؤمر المرتهن ببيانه، والقول له في ذلك.

ولو أقر المرتهن أنه ارتهن منه رهناً، ثم جاء بثوب وقال: هذا ذلك.. فالقول له مع يمينه إن لم يصدقه الراهن فيه. كذا في رواية «الأصل».

ثم اختلفوا في مسألة البينة - أعني: برهن الراهن على المرتهن أنه رهنه شيئاً وقبضه ولم يعرفه الشهود -:

فقال بعض المشايخ: إن هذه المسألة مؤولة بأن يشهد الشهود على إقرار المرتهن به.

وقال الإمام السرخسي: إنها ليست بمؤولة، بل على إطلاقها.

وقال في «البزازية» أيضاً: زعم الراهن أن الرهن هلك عند المرتهن وسقط الدين، وزعم المرتهن أنه رده إليه بعد القبض وهلك في يد المرتهن.. فالقول للراهن؛ لأنه يدعي عليه الرد العارض وهو ينكر، فالقول للمنكر مع يمينه.

وإن برهنا.. فللراهن أيضاً، ويسقط الدين عنه لإثباته الزيادة [٧٠٥/أ].

وإن زعم المرتهن أنه هلك في يد الراهن قبل قبضه.. فالقول للمرتهن؛ لإنكاره دخوله في ضمانه.

وإن برهنا.. فللراهن؛ لإثبات الضمان.

أذن للمرتهن في الانتفاع بالرهن، ثم هلك الرهن، فقال الراهن: هلك بعد ترك الانتفاع به وعود الرهن إلى ضمانه، وقال المرتهن: هلك حال الانتفاع به.. فالقول للمرتهن؛ لاتفاقهما على زوال الرهن، فلا يصدق الراهن في العود إلا بحجة.

رهن عبداً يساوي ألفاً، فوكل المرتهن بالبيع، فقال المرتهن: بعته بنصفها، وقال الراهن: لا، بل مات عندك.. يحلف الراهن بالله ما يعلم أنه باعه، ولا يحلف بالله ما مات عنده.

فإذا حلف.. سقط الدين، إلا أن يبرهن على البيع.

أذن الراهن للمرتهن في لبس ثوب مرهون يوماً، فجاء به المرتهن متخرقاً،

وقال: تخرق في لبس ذلك اليوم، وقال الراهن: ما لبست في ذلك اليوم، ولا تخرق فيه.. فالقول للراهن.

وإن أقر الراهن باللبس فيه، ولكن قال: تخرق قبل اللبس أو بعده.. فالقول للمرتهن أنه أصابه في اللبس؛ لاتفاقهما على خروجه من الضمان، فكان القول للمرتهن في قدر ما عاد من الضمان إليه.

بخلاف أول المسألة؛ لعدم الاتفاق ثمة على الخروج من الضمان؛ لعدم اعتراف الراهن بالخروج.

الرهن: لو كان عبداً، وبرهن الراهن على إباقه عند المرتهن، وبرهن المرتهن على أنه رده إلى الراهن وأبق عنده.. قال ابن سماعة: عن محمد: يؤخذ برهان المرتهن؛ لأنه قد يأبق عنده، فيأخذه، فيرده.

ولو اختلفا في يد ولد المرهونة، فقال المرتهن: ولدت عندي.. فالقول للمرتهن؛ لأنه في يده، ولم يقر بأخذه من غيره.

ولو قال المرتهن: ارتهنت الأم والولد جميعاً، وقال الراهن: بل الأم وحدها.. فالقول للراهن؛ لأنه منكر.

* * *

(بَابُ الرَّهْنِ يُوضَعُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ)

وَلَوِ اتَّفقَا على وضعِ الرَّهْنِ عِنْدَ عدلٍ.. صَحَّ، ....

(بَابُ الرَّهْنِ يُوضَعُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ)

أي: من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده، ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل، وهو وكيل الراهن ببيعه، يسمى: بالعدل؛ لعدالته في زعم الراهن والمرتهن.

(ولو اتفقا)؛ أي: الراهن والمرتهن **(على وضع الرهن عند عدل.. صح)**.

قال زفر ومالك وابن أبي ليلى: لا يصح؛ لأن يد العادل يد المالك؛ **بدليل**: أنه يرجع على الراهن فيما إذا هلك الرهن في يد العدل، ثم استحق وضمن العدل قيمته بما ضمن؛ فإذا كانت يده يد الراهن.. انعدم القبض. [٧٠٥/ب]

ولنا: أن يده: **يد المالك في الحفظ**؛ لكون العين أمانة عنده، **ويد المرتهن في حق المالية**؛ لأن كل واحد منهما أمره، فصارت يده كيدهما، ولهذا.. لا يكون لأحدهما أن يأخذ منه الرهن على الخصوص بدون إذن الآخر.

ولو كانت يده أحدهما فقط.. كان له أن يسترده منه؛ ولكون اليد الواحدة في حكم اليدين نظائرُ في الشرع؛ كالساعي للزكاة؛ فإن يده جعلت كيد الفقير، وكيد صاحب المال؛ حتى إذا هلك المال في يده.. أجزأت الزكاة عن صاحب المال.

فإن قيل: إن يده لما كانت بمنزلة يد كل منهما.. ينبغي فيما إذا هلك الرهن في يده، ثم استحق وضمن قيمته: أن لا يرجع على المالك؛ كما لا يرجع على المرتهن، أو يرجع على المرتهن؛ كما يرجع على الراهن.

والحاصل: أن القياس: بشمول الوجود أو شمول العدم.

قلنا: العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب، والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل، وذلك يتعلق بالعين دون المالية، والعين ملك الراهن، والمالية للمرتهن؛ فلذا.. رجع على الراهن دون المرتهن.

وَيتمُّ بِقَبضِ الْعدْلِ.

وَلَيْسَ لأَحَدِهمَا أَخذُهُ مِنْهُ بِلَا رضا الآخرِ، وَيضمنُ بِدَفْعِهِ إِلَى أَحدِهمَا،

فإن قيل: القبض شرط في الرهن، ولم يوجد من المرتهن:

لا حقيقة وهو ظاهر؛ لأنهما وضعاه عند عدل قبل قبضه على ما هو المفروض.

ولا حكماً؛ لأن ذلك:

إما أن يكون من حيث إنه أمر العدل بالقبض، وذلك غير صحيح؛ لأن الأمر إنما يصح إذا لاقى حقاً مستحقاً للآمر، وبعقد الرهن لم يصر القبض حقاً له؛ حتى كان للراهن أن يمنعه منه.

وإما أن يكون من حيث موافقة الراهن إياه في الوضع على يد العدل، ولا تأثير لذلك؛ لأنهما لو اتفقا على قبض الراهن.. لم يتم الرهن، فكذا لو اتفقا على قبض العدل أيضاً.

أجيب عنه: بأنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض، وهو حق بمستحق له بعقد الرهن، وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه؛ لأنه فسخ للعقد، والراهن يتفرد به؛ لكونه غير لازم، والقبض حقه ما دام العقد باقياً.

(ويتم) الرهن (بقبض العدل) كما ذكرناه: من أن يده يد المرتهن في حق المالية، فيكون قبضه قبض المرتهن.

(وليس لأحدهما)؛ أي: من الراهن والمرتهن (أخذه)؛ أي: الرهن (منه)؛ أي: من العدل (بلا رضا الآخر) [٧٠٦/أ]؛ لما ذكرناه أيضاً: من أنه تعلق به حق الراهن في الحفظ بيده، وأمانته وتعلق حق الأرش به في حق الاستيفاء، فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر.

(ويضمن) العدل (بدفعه)؛ أي: الرهن (إلى أحدهما)؛ أي: من الراهن والمرتهن؛ لأنه: مودع الراهن في حق العين، ومودع المرتهن في حق المالية، وكل منهما أجنبي

وهلاكُهُ فِي يَدِهِ على الْمُرْتَهِنِ.

عن الآخر، والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي.

(وهلاكه)؛ أي: الرهن (في يده)؛ أي: العدل (على المرتهن) خبر لقوله: «وهلاكه»، وهذا: لأن يده في حق المالية هو يد المرتهن، والمالية هي المضمون، فيهلك على المرتهن.

هذا إذا هلك في يده من غير تعد فيه.

وأما إذا هلك بالتعدي فيه؛ بأن أتلفه بنفسه أو دفعه إلى واحد من الراهن أو المرتهن أو غيرهما، أو أتلفه المدفوع إليه.. ففي الصورتين: يهلك على العدل، فيضمن قيمته.

ثم إذا ضمن العدل قيمته.. فهل يقدر العدل أن يجعل قيمته رهناً في يده كما كان مثل المتلف؟

قالوا: إنه لا يقدر على ذلك؛ لأن القيمة واجبة عليه، فلو جعلها رهناً في يده بعد ضمانه.. يلزم أن يكون قاضياً ومقتضياً، وبينهما منافاة، فلا يقدر على ذلك.

ولكن: للراهن والمرتهن أن يأخذاها منه ويجعلانها رهناً عنده أو عند غيره.

وإن تعذر اجتماعهما.. يرفع أحدهما الأمر إلى القاضي ليفعل ذلك؛ أي: يجعل القيمة رهناً عنده أو عند غيره.

ثم إذا جعلت القيمة رهناً عنده أو عند غيره برأيهما أو برأي القاضي، ثم قضى الراهن الدين؛ فإن كان العدل ضمن القيمة بالدفع إلى الراهن.. فالقيمة سالمة للعدل إن كانت عنده، ويأخذها إن كانت عند غيره؛ لوصول كل حق لصاحبه؛ المرهون: إلى الراهن بالتسليم الأول إليه، والدين: إلى المرتهن بدفع الراهن إليه، ولا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد.

ولو أخذه الراهن.. لاجتمعا في ملكه، وذا لا يجوز.

وإن كان العدل ضمن الرهن بالدفع إلى المرتهن.. فالراهن يأخذ القيمة من

فَإِن وكَّلَ الرَّاهِنُ الْعدْلَ أَوِ الْمُرْتَهِنَ أَو غَيرَهمَا بِبيعِهِ عِنْدَ حُلُولِ الدَّين.. صحَّ.

العدل إن كانت عنده، أو من غيره إن كانت عند غيره؛ لأن العين لو كانت باقية.. أخذها ممن هي في يده إذا أدى الدين، فكذلك يأخذ ما قام مقامها، ولا جمع فيه بين البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد.

ثم هل للعدل أن يرجع على المرتهن بذلك؟

ينظر:

إن كان دفعه إليه على وجه العارية أو الوديعة وهلك في يد المرتهن.. لا يرجع.

وإن استهلكه [٧٠٦/ب].. يرجع عليه؛ لأن العدل بأداء الضمان: ملكه، وتبين أنه أعاد أو أودع ملك نفسه؛ فإن هلك في يد المودع أو المستعير.. لا يرجع، وإن استهلكه.. يضمن كما هو حكم العارية والوديعة.

وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهناً؛ بأن قال: هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك.. رجع العدل عليه بقيمته؛ استهلكه المرتهن أو هلك عنده؛ لأنه دفع إليه على وجه الضمان. كذا في «العناية» و«الزيلعي».

(فإن وكل الراهن العدل أو المرتهن أو غيرهما ببيعه عند حلول الدين.. صح) الوكالة؛ لأن الراهن مالك، فله أن يوَكّل من شاء ممن كان أهلاً للبيع لماله؛ معلقاً أو منجزاً؛ لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط؛ لكونها من الإسقاطات؛ لأن المانع من التصرف: حق المالك، وبالتسليط على بيعه أسقط حقه، والإسقاطات يجوز تعليقها بالشرط.

ولو أمر صغيراً لا يعقل فباعه بعدما دفع.. لا يصح عند أبي حنيفة.

وقالا: يصح؛ لقدرته عليه وقت الامتثال.

ولأبي حنيفة: أن أمره وقع باطلاً؛ لعدم الأهلية؛ لعدم القدرة وقت الأمر، فلا ينقلب جائزاً، وإطلاق المصنف يساعد قولهما.

فَإِن شُرِطَت فِي عقدِ الرَّهْنِ.. لَا يَنْعَزِلُ بِالْعَزْلِ، وَلَا بِمَوْتِ الرَّاهِنِ أَوِ الْمُرْتَهن.

وَلَهُ بَيْعُهُ بغيبةِ ورثِتِهِ.

وَتبطلُ بِمَوْتِ الْوَكِيلِ.

(**فإن شرطت**) الوكالة (**في عقد الرهن.. لا ينعزل**) الوكيل (**بالعزل**)؛ يعني: ليس للراهن أن يعزل الوكيل بدون رضا المرتهن؛ لأن الوكالة لما شرطت في عقد الرهن.. صارت وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقه.

ألا ترى: أنها لزيادة الوثيقة، فتلزم بلزوم أصله، ولأنه تعلق به حق المرتهن، وفي العزل بدون رضاه: إبطال حقه، فصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدعي، حتى لو شرطت بعد تمام العقد.. ينعزل بعزله؛ لعدم تعلق حق المرتهن، ولعدم كونه حقاً من حقوق العقد.

وكذا: لا ينعزل بعزل المرتهن؛ لأنه لم يوكله، فكان أجنبياً عنه بالنسبة إلى الوكالة.

(**ولا**) ينعزل أيضاً (**بموت الراهن أو المرتهن**)؛ لأن الرهن لا يبطل بموت الراهن ولو بطل في حق الوراثة، وحق المرتهن متقدم عليه كما يتقدم على حق الراهن، وإذا لم يبطل بموت الراهن.. فبموت المرتهن أولى منه.

وكذا: لا يبطل بارتداد الراهن ولحوقه بدار الحرب؛ لما ذكرناه.

بخلاف الوكالة المفردة؛ حيث تبطل بموت الموكل، وتنعزل بعزله على ما تقدم.

(**وله**)؛ أي: للوكيل في عقد الرهن (**بيعه**)؛ أي: الرهن (**بغيبة ورثته**)؛ يعني: إذا لم تبطل الوكالة بالموت.. فللوكيل بيع الرهن بعد موت الراهن بغيبة ورثته؛ كما كان يبيعه في حال حياته؛ لأنه باق على [٧٠٧/أ] وكالته.

(**وتبطل**) الوكالة (**بموت الوكيل**)؛ لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث، ولأن

وَلَو وَكَّلهُ بِالْبيعِ مُطلقاً.. مَلَكَ بَيْعَهُ بِالنَّقْدِ والنسيئةِ.

فَلَو نَهَاهُ بعدَهُ عَن بَيْعِهِ نَسِيئَةً.. لَا يُعْتَبرُ نَهْيُهُ.

وَلَا يَبِيعَ الرَّاهِنُ وَلَا الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ بِلَا رضا الآخرِ.

الموكل رضي برأي الوكيل لا برأي غيره من ورثته أو وصيّه.

(ولو وكله بالبيع مطلقاً.. مَلَكَ) الوكيل (بيعه)؛ أي: الرهن (بالنقد والنسيئة)؛ عملاً بإطلاق العقد.

(فلو نهاه)؛ أي: الوكيل (بعده)؛ أي: بعدما ملك البيع بالنقد والنسيئة (عن بيعه نسيئة.. لا يعتبر نهيه)؛ لأن عقد الوكالة لازم بأصله، فكذا بوصفه، وهو الإطلاق؛ لأنه وصف من أوصافه وحق من حقوقه.

(ولا يبيع الراهن، ولا المرتهن الرهن بلا رضا الآخر).

أما الراهن: فلأن المرتهن أحق بماليته من الراهن، فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع، وبيع ما لم يقدر على تسليمه: باطل.

وأما المرتهن؛ فلأن الراهن ملَّكه حبسه وما رضي ببيعه، ولو باع الراهن الرهن بلا إذن المرتهن وسلم إلى المشتري.. فللمرتهن خيار:

إن شاء.. ضمن الراهن، وإن شاء.. ضمن المشتري، وإن شاء.. أجاز البيع وأخذ الثمن، كذا في «الخزانة» و«منية المفتي».

فدل: أن بيع الراهن موقوف.

وقال في آخر البيع الموقوف من «قاضي خان»: الراهن إذا باع الرهن، ثم باعه من آخر، فأجاز المرتهن البيع الأول أو الثاني.. نفذ ما أجاز.

ولو باع الراهن الرهن، ثم رهن عند آخر، أو أجر، أو وهب وسلم، أو أعار، فأجاز المرتهن الأول الرهن الثاني، أو الإجارة، أو الهبة، أو العارية.. نفذ البيع وبطل ما سواه. انتهى.

فَإِن حلَّ الْأَجَلُ والراهنُ غَائِبٌ.. أُجبِرَ الْوَكِيلُ على بَيْعِهِ، كَمَا يجْبرُ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ عَلَيْهَا عِنْدَ غيبَةِ مُوكِّلِهِ.

وَكَذَا: يجْبرُ لَو شَرطَ بعدَ عقدِ الرَّهْنِ فِي الْأَصَحِّ.

(فإن حل الأجل والراهن غائب.. أجبر الوكيل على بيعه)؛ لئلا يتضرر المرتهن.

معنى الإجبار ههنا على ما فسره في «العناية»: أن يحبسه القاضي أياماً حتى يبيعه؛ فإن لج في البيع بعدما حبسه أياماً.. ذكر في «الزيادات»: أن القاضي يبيع عليه.

قالوا: هذا على قولهما ظاهر؛ لأن من أصلهما جواز بيع الحاكم مال المديون إذا امتنع.

وأما على قول أبي حنيفة: فقد اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: لا يبيع قياساً على المديون عنده.

وقال بعضهم: يبيعه؛ لتعين جهة البيع، ولتقدم الرضاء منه على البيع، وهو الصحيح، على ما في «البزازية».

والجواب عن القياس على مال المديون: فاسد؛ لأن بيع الرهن صار مستحقاً للمرتهن لقضاء حقه، بخلاف سائر المواضع.

فإن قيل: قد تقدم أن بيع المكره فاسد، فكيف يجبر الوكيل على البيع؟

أجيب: بأن هذا جبر تعين من قبل الشارع، فلا يفسد اختياره به، فلا يعد مكرهاً في بيعه.

(كما يجبر الوكيل بالخصومة عليها)؛ أي: على الخصومة (عند غيبة موكله) قيد الوكالة بالخصومة؛ لأن الوكيل [٧٠٧/ب] بالبيع لا يجبر عليه؛ لأن الموكل لا يتضرر به؛ لتمكنه من بيعه بنفسه.

(وكذا يجبر) الوكيل ببيع الرهن على بيعه (لو شرط) الوكالة (بعد عقد الرهن في الأصح)؛ كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

فَإِن بَاعَهُ الْعدْلُ.. فثمنُهُ مقَامُهُ، وهلاكُهُ: كهلاكِهِ.

فَإِن أوفاهُ الْمُرْتَهِنَ فَاسْتحقَّ الرَّهْنُ وَكَانَ هَالكاً.. فللمستحِقِّ أَن يُضمِّنَ الرَّاهِنَ.

وَيصِحُّ البيعُ وَالْقَبْضُ أَو الْعدْلُ.

ثمَّ الْعدْلُ مُخَيَّرٌ؛ إِنْ شَاءَ.. ضمَّنَ الرَّاهِنَ ....

وعلله: بخشية أن ينوي حق المرتهن، وعزاه في «البزازية» إلى بعض المشايخ، وهو المروي عن أبي يوسف.

وقيل: لا يجبر، وبه أخذ شيخ الإسلام.

وعللوه: بأن التوكيل بعد عقد الرهن لم يصر وصفاً من أوصافه، ولا حقاً من حقوقه، فكانت مفردة كسائر الوكالات.

(**فإن باعه**)؛ أي: الرهنَ (**العدلُ**)؛ أي: بعد التسليط المشروط في العقد أو بعده على البيع؛ لأن القول إلا يقدر البيع إلا بعد التسليط عليه (.. **فثمنه مقامه**)؛ أي: مقام الرهن وإن لم يقبض الثمن بعد؛ لقيامه مقام ما كان مقبوضاً. كذا في «العناية».

(**وهلاكه**)؛ أي: هلاك الثمن: (**كهلاكه**)؛ أي: هلاك الرهن؛ لقيامه مقامه في كونه رهناً، فيهلك على المرتهن.

(**فإن أوفاه**)؛ أي: إن باعه العدل وأوفى ثمنه (**المرتهن فاستحق الرهن**) بعد البيع (**وكان**) الرهن بعد البيع (**هالكاً.. فللمستحق أن يُضمِّن الراهن**) قيمة الرهن؛ لأنه غاصب في حق المستحق، فيضمن له.

(**ويصح**)؛ أي: نفذ (**البيع**)؛ أي: بيع العدل (**والقبض**)؛ أي: قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه؛ لأن الراهن ملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب، فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه.

(**أو**) يضمن (**العدل**)؛ لأنه متعد في حقه بالبيع والتسليم.

(**ثم العدل مخيّر؛ إن شاء.. ضمن الراهن**) وقيمة الرهن؛ لأنه وكيل من جهته

ويصحَّانِ، أَوِ الْمُرْتَهن ثمنَهُ، وَهُوَ لَهُ.

وَيبْطلُ الْقَبْض، فيرجعُ الْمُرْتَهِنُ على الرَّاهِنِ بِدِينِهِ.

وإِنْ كَانَ الرَّهْنُ قَائِماً.. أَخذَهُ الْمُسْتَحِقُّ، وَرجعَ المُشْتَرِي على الْعدْلِ بِثمنِهِ، ثمَّ هُوَ على الرَّاهِن بِهِ، ....

عامل له، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهته.

(**ويصحان**)؛ أي: البيع وقبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه؛ لأن العدل لما رجع على الراهن وقرر الضمان عليه.. ملكه الراهن بأداء الضمان، فتبين أنه أمره ببيع ملكه.

(**أو**) ضمن (**المرتهن ثمنه**)؛ أي: ثمن الرهن؛ لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق؛ لأن العدل ملك الرهن بأداء الضمان، ونفذ عليه بيعه، فصار الثمن له، وإنما أداه إليه على حسبان أنه ملك الراهن؛ فإذا تبين أنه ملكه.. لم يكن راضياً بقبض المرتهن الثمن، فله أن يرجع به عليه.

(**وهو**)؛ أي: الثمن (**له**)؛ أي: للعدل؛ لما ذكرناه.

(**ويبطل القبض**)؛ أي: قبض المرتهن الثمن؛ لما ذكرناه أيضاً: من عدم رضاه قبضه.

(**فيرجع المرتهن على الراهن بدينه**)؛ لأنه باق كما كان.

(**وإن كان الرهن قائماً**) بعد بيع العدل (.. **أخذه المستحق**) عن يد المشتري؛ لأنه وجد عين ماله.

(**ورجع المشتري على العدل بثمنه**)؛ لأنه العاقد [٧٠٨/أ]، فتتعلق به حقوق العقد، وهذا من حقوقه؛ لأنه وجب بالبيع، وإنما أدى الثمن إلى العدل ليسلم له المبيع ولم يسلم.

(**ثم هو**)؛ أي: العدل يرجع (**على الراهن به**)؛ أي: بالثمن؛ لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة، فيجب عليه تخليصه. كذا في «الزيلعي».

وَصَحَّ الْقَبْضُ، أَو على الْمُرْتَهِنِ، ثُمَّ الْمُرْتَهِنُ على الرَّاهِنِ بِدِينِهِ.

وإِنْ لم يكنِ التَّوْكِيلُ مَشْرُوطاً فِي الرَّهْن.. يرجعُ الْعدْلُ على الرَّاهِنِ فَقَط؛ قبضَ الْمُرْتَهنُ ثمنَهُ أَو لم يقبَضْ.

وَإِن هلكَ الرَّهْنُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ، ثُمَّ اسْتحقَّ.. فللمستحِقّ أَن يُضَمِّنَ الرَّاهِنَ قِيمَتَهُ، وَيصيرُ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفياً، ....

وقال في «الهداية»: إنه يرجع على الراهن بالقيمة، والصواب: هو الأول.

(وصح القبض)؛ أي: قبض المرتهن الثمن، وسَلِمَ له المقبوض، وبرئ الراهن عن الدين.

(أو) يرجع العدل (على المرتهن) بالثمن؛ لأن البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمناً فيجب عليه رده ونقض قبضه ضرورة.

(ثم) يرجع (المرتهن على الراهن بدينه)؛ لعود حقه في الدين على الراهن كما كان.

(وإن لم يكن التوكيل مشروطاً في الرهن.. يرجع العدل) فيما لحقه من العهدة (على الراهن فقط)؛ أي: لا على المرتهن؛ (قبض المرتهن ثمنه، أو لم يقبض)؛ لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن؛ لكونه بعد العقد، فلا رجوع فيه؛ كما في الوكالة المفردة عن الرهن.

إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل، ثم لحقته عهدة.. لا يرجع به القابض، بخلاف الوكالة المشروطة في العقد؛ لأنه تعلق به حق المرتهن، فيكون البيع لحقه.

(وإن هلك الرهن عند المرتهن، ثم استحق.. فللمستحق أن يضمِّن الراهن قيمته)؛ لأنه متعد في حق المستحق بالأخذ والتسليم.

(ويصير المرتهن مستوفياً)؛ لدينه؛ لهلاك الرهن عنده؛ لأن الراهن ملك الرهن بالضمان مستنداً إلى ما قبل التسليم، فتبين أنه رهن ملك نفسه، فيصير المرتهن مستوفياً لدينه.

وَأَن يُضمِّنَ الْمُرْتَهِنَ وَيرجعُ الْمُرْتَهنُ بهَا وبدَينهِ على الرَّاهِن.

(وأن يضمِّن المرتهن)؛ لأنه متعد في حقه بالأخذ والقبض.

(ويرجع المرتهن بها)؛ أي: بما ضمن من القيمة (وبدينه على الراهن).

أما بالقيمة: فلأنه مغرور من جهة الراهن.

وأما بالدين: فلأنه انتقض اقتضاؤه وقبضه، فيعود حقه كما كان، فيرجع عليه.

فإن قيل: لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان.. فتبين أنه رهن ملك نفسه، فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء في كون المرتهن مستوفياً دينه.

أجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أن المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور، والغرور حصل بالتسليم إلى يد المرتهن، فيملك الراهن العين من ذلك الوقت، وعقد الرهن كان سابقاً عليه؛ فلم يتبين [٧٠٨/ب] أنه رهن ملك نفسه، بل ملك غيره، فلا يكون المرتهن مستوفياً لملك الغير.

والثاني: أن الراهن يملك الرهن بالتلقي من المرتهن؛ لأن المرتهن أولاً يملكه بأداء الضمان، ثم ينتقل إلى الراهن؛ كما في الوكيل بالشراء؛ كأن المرتهن اشتراه من المستحق، ثم باعه من الراهن، وإنما كان كذلك: لأن المرتهن غاصب في حق المستحق بالقبض؛ فإذا ضمن.. تملك المضمون ضرورة؛ كي لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل إليه.. فيكون ملك الراهن متأخراً عن عقد الرهن، فصار كأنه رهن غير ملكه.

بخلاف الوجه الأول؛ لأن المستحق فيه يضمن المستحق باعتبار القبض السابق على الرهن، فيستند الملك إليه، فتبين أنه رهن ملك نفسه، فيكون المرتهن مستوفياً بهلاكه.

* * *

(بَابُ التَّصَرُّفِ فِي الرَّهْنِ، وجِنَايتِهِ، وَالجِنَايَةِ عَلَيْهِ)

بيعُ الرَّاهِنِ الرَّهْنَ مَوْقُوفٌ على إِجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ، أَو قَضَاءِ دينِهِ.

فَإِن أجَازَ.. صَارَ ثمنُهُ رهناً مَكَانَهُ.

(بَابُ التَّصَرُّفِ فِي الرَّهْنِ وَجِنَايَتِهِ)

أي: جناية الرهن.

(**والجناية عليه**)؛ أي: على الرهن، فكان هذا الباب مشتملاً على ثلاثة أنواع:

الأول: في مسألة التصرف في الرهن.

والثاني: في مسألة الجناية من الرهن.

والثالث: في مسألة الجناية على الرهن.

فشرع في بيان النوع الأول بقوله: (**بيع الراهن موقوف على إجازة المرتهن أو قضاء**) الراهن (**دينه**).

وعن أبي يوسف: أن بيع الراهن نافذ؛ لأنه تصرف في ملكه.

والصحيح: ظاهر الرواية؛ لأن الرهن تعلق به حق المرتهن مثل حق المالك، وفي نفوذ بيعه: إبطال حقه، فلا ينفذ إلا بإسقاط حقه بإجازته أو بأداء حقه؛ لزوال المانع - وهو تعلق حق المرتهن به - وكونه متصرفاً في ملكه: لا يمنع التوقف لغيره؛ كمن باع ماله لوارثه، أو أوصى به لغيره بأكثر من ثلثه.. فإنه يتوقف على إجازة الورثة.

(**فإن أجاز**) المرتهن بيعه (.. **صار ثمنه رهناً مكانه**)؛ لأن حقه انتقل إلى الثمن؛ لنفاذ البيع بإجازته، فيكون محبوساً عنده بدينه.

وعن أبي يوسف: إن شرط المرتهن أن يكون الثمن رهناً عند إجازته.. كان رهناً، وإلا.. فلا؛ لأنه لما أجاز بيع الرهن.. نفذ بيعه وملك الثمن بسبب جديد، فلا

وَإِن لم يُجِزْ وَفَسَخَ.. لَا يَنْفَسِخُ فِي الْأَصَحِّ.

يصير رهناً إلا بالشرط؛ كما إذا أجره الراهن، فأجاز المرتهن الإجارة.. لا تصير الأجرة رهناً إلا بالشرط.

قلنا: إن الثمن بدل ما تعلق به حق المرتهن وهو المالية، وللبدل حكم المبدل، فوجب انتقال حقه إلى البدل؛ كالعبد المديون إذا بيع برضاء الغرماء.. انتقل حقهم إلى الثمن من غير شرط لما ذكرناه، ولا يسقط [٧٠٩/أ] حقهم بالكلية؛ لعدم رضاهم بذلك، فكذا هذا.

بخلاف ما ذكر؛ فإن الأجرة ليست ببدل حقه - وهو المالية - بل هو بدل المنفعة، فلا ينتقل حقه إليها، ولذا.. نفذ البيع إذا قضى الراهن دينه؛ لزوال المانع من النفاذ مع وجود المقتضي.

(وإن لم يجز) المرتهن البيع **(وفسخ)** البيع.

وقد سها صاحب «الدرر» ههنا حيث فسر الفسخ: بفسخ المرتهن عقد الرهن.. فلا تغفل.

(.. لا ينفسخ) البيع **(في الأصح)**.

احترز به عن رواية ابن سماعة عن محمد؛ حيث قال: انفسخ بفسخه، حتى إذا افتكه الراهن.. لا سبيل للمشتري عليه؛ لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك، فصار كالمالك، فله أن يجيز، وله أن يفسخ.

ووجه الأصح: أن الامتناع لحق المرتهن كي لا يتضرر، والتوقف على إجازته لا يضر حقه؛ لأن حقه في الحبس لا يبطل بمجرد انعقاد البيع من غير نفاذ، فبقي متوقفاً.

ثم المشتري بالخيار: إن شاء.. صبر حتى يفتكّ الراهن الرهن؛ إذ العجز على شرط الزوال، وإن شاء.. رفع الأمر إلى القاضي، فيفسخ القاضي العقد لفوات قدرة

فَإِنَّ المُشْتَرِي إِن شاءَ صَبَرَ، أَو رَفَعَ الْأَمرَ إِلَى القَاضِي ليفسخَهُ.

وَصَحَّ: عِتقُ الرَّاهِنِ الرَّهْنَ، وتدبيرُهُ، واستيلادُهُ.

فَإِن كَانَ مُوسِراً.. طُولِبَ بِدَينِهِ إِن حَالَّاً، وَأُخِذَت قيمَةُ الرَّهْنِ فَجُعِلَت رهناً مَكَانَهُ لَو مُؤَجَّلاً.

البائع على التسليم؛ لأن ولاية الفسخ للقاضي، لا للمشتري ولا للبائع، فصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض.

(فإن المشتري) بالخيار؛ (إن شاء.. صبر) حتى يرجع العبد من الإباق.

(أو) إن شاء (رفع الأمر إلى القاضي ليفسخه)؛ أي: العقد.

ولو باع الراهن من رجل، ثم باعه من آخر قبل أن يجيز المرتهن.. فالثاني موقوف أيضاً على إجازته؛ لأن الأول لم ينفذ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني، فأيهما أجاز.. لزم ذلك وبطل الآخر.

ولو باعه الراهن، ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره، وأجاز المرتهن الإجارة أو الرهن أو الهبة.. جاز البيع الأول، دون هذه العقود. كذا في «الزيلعي».

(وصح عتق الراهن الرهن)؛ أي: إعتاقه (وتدبيره واستيلاده)؛ لأنه صدر من أهله، مضافاً إلى محله، وهو ملكه، فوجب القول بنفاذه، ولا يلغو تصرفه لعدم إذن المرتهن؛ كما إذا أعتق المشتري المبيع قبل القبض أو الإباق أو المغصوب.. فإنه يصح.

(فإن كان) الراهن (موسراً.. طولب بدينه إن) كان الدين (حالّاً)؛ أي: لا بالرهن؛ لأنه لو طولب بالرهن.. كان له أن يأخذ بدينه إذا كان من جنس حقه، فيكون إيفاء واستيفاء، فلا فائدة فيه.

(وأُخِذت) من المعتق الموسر (قيمة الرهن)؛ أي: العبد (فجعلت) القيمة (رهناً مكانه)؛ أي: مكان العبد الرهن (لو) كان الدين (مؤجلاً)؛ لأن سبب الضمان قد تحقق منه [٧٠٩/ب].

وَإِن كَانَ مُعسراً.. سعى الْمُعْتَقُ فِي الْأَقَلِّ مِن قِيمَتِهِ وَمنَ الدَّينِ، وَرجعَ بِهِ على سَيِّدِهِ.

وفي التضمين فائدة: وهو حصول الاستيثاق، فيحبسها إلى حلول الأجل؛ فإذا حل.. اقتضاه بحقه إن كان من جنسه؛ لأن الغريم له أن يستوفي حقه من مال غريمه إذا ظفر بجنس حقه؛ فإن كان فيه فضل.. يرده؛ لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء، وإن كان أقل من حقه.. يرجع بالزيادة؛ لعدم ما يسقطه.

(وإن كان) الراهن المعتق (معسراً.. سعى) العبد (المعتَق في الأقل من قيمته ومن الدين)؛ إن كانت القيمة أقل من الدين.. يسعى في القيمة، وإن كان الدين أقل.. يسعى في الدين.

(ورجع) العبد (به)؛ أي: بما سعى (على سيده).

أما سعايته؛ فلأن حق المرتهن كان متلفاً به، وقد سلمت له رقبته؛ فإذا تعذر رجوع المرتهن على الراهن لعسره.. يرجع على العبد؛ لأنه هو المنتفع بهذا العتق؛ لأن الغرم بالغنم.

وأما رجوعه على مولاه بعد السعاية إذا أيسر المولى؛ فلأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع، فلم يكن متبرعاً، فيرجع عليه بما تحمل عنه بحكم الشرع.

بخلاف المستسعى في الإعتاق؛ لأنه يؤدي ضماناً واجباً عليه؛ لأنه سعى لتحصيل العتق عند أبي حنيفة، ولتكميله عندهما، على ما تقدم في العتق.

وهنا: سعى في ضمانٍ على غيره بعد تمام إعتاقه، فافترقا.

فإن قيل: إن أبا حنيفة قد أوجب السعاية فيما إذا أعتق أحد الشريكين العبد المشترك بينهما في حالتي اليسار والإعسار، وفي العبد المرهون بشرط الإعسار في السعاية، فما الفرق بينهما؟

قلنا: إن الثابت للمرتهن: حق الملك، والثابت للشريك: حقيقة الملك، وحق الملك أولى من حقيقته، فوجب السعاية فيه حالة واحدة، وهي: حالة الضرورة.

وَالْمُدبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ فِي كلِّ الدَّينِ بِلَا رُجُوعٍ.

وفي الأعلى في الحالتين؛ إظهاراً للتفاوت بينهما. هذا كله عندنا.

وللشافعي أقوال:

في قول: لا ينفذ إعتاق الراهن، ولا تدبيره، ولا استيلاده مطلقاً.

وفي قول: ينفذ مطلقاً.

وفي قول: ينفذ لو كان موسراً، لا لو كان معسراً.

(والمدبر وأم الولد في كل الدين)؛ يعني: أن الراهن إذا دبر العبد المرهون أو استولد الأمة المرهونة؛ فإن كان موسراً.. ضمن قيمتها على التفصيل الذي ذكر في الإعتاق.

وإن كان معسراً.. سعيا للمرتهن في جميع الدين؛ لأن كسبهما مال المولى.

بخلاف المعتق؛ فإنه يسعى في الأقل من القيمة ومن الدين على ما تقدم؛ لأن كسبه حق نفسه، ولم يحتبس عنده إلا قدر القيمة، فلا يزاد [٧١٠/أ] عليه، وحق المرتهن تعلق بقدر الدين، فلا تلزمه الزيادة.

(بلا رجوع) على مولاهما [بما أدّياه العبد يساره][1]؛ لأنهما أدياه من ملك المولى، فلا يرجعان عليه.

بخلاف المعتق؛ فإنه أداه من مال نفسه، وهو مضطر فيه على ما تقدم.

وقيل: إذا كان الدين مؤجلاً.. يسعيان في قيمتهما لا في كل الدين؛ لأنها عوض الرهن، حتى يحتبس مكانه فيتقدر بقدر العوض.

بخلاف ما إذا كان حالّاً.. حيث يسعيان في كل الدين؛ لأنه يقضى به الدين؛ لأن كسبهما مال المولى، وقد قدر على أداء الدين بكسبهما.

ولو أعتق الراهنُ المدبرَ أو أمَّ الولد وقد قضي عليهما بالسعاية أو لم يقض.. لم

---

(١) العبارة مشوشة في المخطوط، وتصويبها من «الزيلعي» (٨٧/٦).

وإِتلافُهُ: كإِعتاقِهِ مُوسِراً.

وَإِن أَتْلفَهُ أَجْنَبِيٌّ ضمّنهُ الْمُرْتَهِنُ قِيمَتَهُ، وكَانَت رهناً مَكَانَهُ.

يسعيا إلا بقدر القيمة؛ لأن كسبهما بعد العتق ملكهما، وما أدياه قبل العتق.. لا يرجعان به على المولى؛ لأنه مال المولى.

(**وإتلافه**)؛ أي: إتلاف الراهن الرهن (**كإعتاقه موسراً**)، حتى يجب عليه ضمان قيمته يوم قبضه؛ لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف، ثم الضمان يكون رهناً عند المرتهن؛ لقيامه مقام العين.

(**وإن أتلفه أجنبي.. ضمَّنه المرتهن قيمته**)؛ يعني: أن الخصم في دعوى الضمان: هو المرتهن.

(**وكانت**)؛ أي: القيمة المأخوذة (**رهناً مكانه**) عند المرتهن؛ لأنه أحق بعين الرهن حالة قيامه، فكذا: في استرداد ما قام مقامه - وهو القيمة - والواجب على هذا المستهلك: قيمته يوم هلك باستهلاكه.

بخلاف ضمانه على المرتهن إذا أتلف الرهن.. فإنه يضمن قيمته يوم قبضه.

حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة، ويوم الارتهان ألفاً.. غرم خمسمائة وكانت رهناً عنده، ويسقط من الدين خمسمائة، فصار الحكم في الخمسمائة الزائدة كأنها هلكت بآفة سماوية، فتكون تلك الزيادة مضمونة على المرتهن لا على الأجنبي.

وهذا: لأن المعتبر في ضمان الرهن: القيمة يوم القبض؛ لا يوم الهلاك؛ لأن القبض السابق مضمون عليه؛ لأنه قبض استيفاء، إلا أنه يتقرر عند الهلاك، فيعتبر وقت قراره.

ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل.. غرم القيمة؛ لأنه أتلف ملك الغير، فكانت رهناً في يده حتى يحل الدين؛ لأن الضمان بدل العين، فأخذ حكمه، وإذا

وَلَو أعَارَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ مِن راهنِهِ.. خرجَ مِن ضَمَانِهِ، وبرجوعِهِ يعودُ ضَمَانُهُ.

حل الدين والمضمون من جنس حقه.. استوفى المرتهن منه دينه، ورد الفضل على الراهن إن كان فيه فضل.

فإن كان دينه أكثر من قيمته.. رجع بالفضل.

وإن نقصت القيمة بتراجع السعر [٧١٠/ب] إلى خمسمائة وقد كان قيمته يوم القبض ألفاً.. وجب بالاستهلاك خمسمائة، وسقط من الدين خمسمائة؛ لأن ما انتقص: كالهالك، وسقط من الدين بقدره، وتعتبر قيمته يوم القبض، فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر، ووجب عليه الباقي بالإتلاف، وهو قيمته يوم التلف. كذا في «الهداية».

واستشكله في «الزيلعي»: بأن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضموناً عليه ولا معتبراً.. فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالإتلاف؟!

وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط من الدين بقدره، وهو لم ينتقص إلا بتراجع السعر وهو لا يعتبر؟!

فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين.

(ولو أعار المرتهن الرهن من راهنه)، أو أجره منه؛ بأن كان الرهن داراً فأجره المرتهن من راهنه.. ففي الصورتين: (خرج) الرهن (من ضمانه)؛ أي: ضمان المرتهن؛ لأن الضمان كان باعتبار قبضه، وقد انتقض بالرد إلى صاحبه، فارتفع الضمان؛ لارتفاع المقتضى به، ولا يكون مضموناً على صاحبه؛ لأن الاسترداد كان بإذنه، حتى لو هلك في يد الراهن.. هلك مجاناً؛ لارتفاع القبض الموجب للضمان.

(وبرجوعه)؛ أي: رجوع المرتهن الرهن، وعن الإعارة والإيجار: (يعود ضمانه)، حتى يذهب الدين بهلاكه؛ لعود القبض الموجب للضمان.

وَلَهُ الرُّجُوعُ مَتى شَاءَ.

وَلَو أَعَارَهُ أَحدَهمَا بِإِذنِ الآخرِ مِن أَجْنَبِيٍّ.. خرجَ مِن ضَمَانِهِ أَيْضاً.

فَلَو هَلَكَ فِي يَدِهِ.. هلكَ مجَّاناً، وَلكُلٍّ مِنْهُمَا أَنْ يردَّهُ رهناً.

(وله)؛ أي: للمرتهن (الرجوع متى شاء)؛ لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان؛ فإنه غير باق في تلك الحالة.

ولهذا: لو مات الراهن قبل أن يسترده المرتهن.. كان المرتهن أحق به من سائر غرمائه؛ لأن يد العارية ليست بلازمة، والضمان ليس من لوازم الرهن؛ لأنه قد ينفك عنه.

ألا ترى: أن ولد الرهن: رهن، وليس بمضمون.

(ولو أعاره)؛ أي: الرهن (أحدهما)؛ أي: الراهن أو المرتهن (بإذن الآخر من أجنبي.. خرج من ضمانه)؛ أي: ضمان المرتهن (أيضاً)؛ أي كما خرج فيما إذا استعاره الراهن.

واعلم: أن في كلامه ههنا وفيما سبق: مسامحة؛ حيث إن الإعارة: تمليك المنافع بغير عوض، والمرتهن لا يملكها ولو من الراهن؛ لأنه إنما يملك حبسها، ولكن لما عومل معاملة الإعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير.. أطلق لفظ الإعارة.

(فلو هلك في يده)؛ أي: يد المستعير وهو الأجنبي (.. هلك مجاناً)؛ أي: بغير ضمان على المرتهن؛ لانتفاء القبض الموجب للضمان، (ولكل منهما)؛ أي: من الراهن والمرتهن: (أن يرده رهناً)؛ لأن لكل واحد [٧١١/أ] منهما فيه حقاً محترماً؛ إذ هو باق على الرهنية؛ لبقاء عقد الرهن.

بخلاف البيع والإجارة والهبة من المرتهن أو من الأجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر.. حيث يخرج عن الرهن، ثم لا يعود رهناً إلا بعقد جديد.

فَإِنْ مَاتَ الرَّاهِنُ قبلَ ردِّهِ.. فالمرتهِنُ أَحَقُّ بِهِ من سَائِرِ الْغُرَمَاءِ.

وَلَو اسْتَعَارَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ من راهنِهِ، أَو اسْتَعْمَلَهُ بِإِذْنِهِ فَهَلَكَ حَالَ ......

حتى لو مات الراهن قبل أن يرهنه جديداً.. كان المرتهن أسوة للغرماء؛ لأن الرهن قد بطل بهذه التصرفات.

بخلاف الوديعة والعارية؛ فإنهما عقد غير لازم، حتى لو مات الراهن قبل [أن يسترده][1].. كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء، وإليه أشار بقوله:

(**فإن مات الراهن قبل رده**) إلى المرتهن فيما إذا استعاره أو استودعه (.. **فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء**)؛ لما ذكرناه: من عدم اللزوم وبقاء عقد الرهن.

قال في «العناية»: وجملة التصرفات ههنا ستة: العارية، والوديعة، والرهن، والإجارة، والبيع، والهبة.

فالعارية: توجب سقوط الضمان؛ سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبياً، ولا يرفع عقد الرهن بها.

وحكم الوديعة كحكم العارية.

والرهن يبطل عقد الرهن.

وأما الإجارة: فالمستأجر؛ إن كان هو الراهن.. فهي باطلة وكانت بمنزلة ما لو أعار منه أو أودعه.. فله أن يسترده، وإن كان هو المرتهن وجدد القبض للإجارة أو أجنبياً بمباشرة أحدهما العقد بإذن الآخر.. بطل الرهن، والأجرة للراهن، وولاية القبض للعاقد، ولا يعود رهناً إلا بالاستئناف.

وأما البيع والهبة؛ فإن العقد يبطل بهما إذا كانا من المرتهن أو أجنبي بمباشرة أحدهما بإذن الآخر، وأما من الراهن.. فلا يتصور. انتهى.

(**ولو استعار المرتهنُ الرهنَ من راهنه، أو استعمله بإذنه، فهلك**) الرهن (حال

---

(١) العبارة مشوشة في المخطوط، والتصويب من «البحر الرائق» (٨/٣٠٥).

اسْتِعْمَالِهِ.. سقطَ ضَمَانُهُ عَنهُ.

وإِنْ هلكَ قبلَ اسْتِعْمَالِهِ أَو بعدَهُ.. فَلَا.

وَصَحَّ اسْتِعَارَةُ شَيْءٍ ليرهنَهُ.

فَإِن أطلقَ.. رَهنَهُ بِمَا شَاءَ، عِنْدَ مَن شَاءَ.

وإِنْ قيَّدَ بِقدرٍ، أَو جنسٍ، أَو مُرْتَهِنٍ، أَو بلدٍ.. تقيَّدَ بِهِ.

استعماله.. سقط ضمانه عنه)؛ أي: عن المرتهن؛ لأن يده حالة الاستعمال يد عارية، وهي مخالفة ليد الضمان، فلا يضمن.

(وإن هلك قبل استعماله أو بعده.. فلا) يسقط ضمانه.

أما قبل استعماله: فلبقاء عقد الرهن.

وأما بعده: فلارتفاع يد الأمانة بالفراغ من الاستعمال وعود عقد الرهن.

(وصح استعارة شيء ليرهنه فإن أطلق) المعير (.. رهنه)؛ أي: رهن المستعير ذلك الشيء المستعار (بما شاء)؛ أي: بمقابلة ما شاء من الدين (عند من شاء) من دائنه.

(وإن قيد) المعير [٧١١/ب] (بقدر)؛ أي: قدر الدين (أو جنس)؛ أي: جنس الدين (أو مرتهن، أو بلد.. تقيد به).

يعني: من استعار شيئاً من غيره ليرهنه.. فالمعير:

إما أن يطلق في ذلك، أو يقيده بشيء.

فإن كان الأول.. فما رهنه المستعير به - من قليل وكثير؛ أي: من الدين - جائز؛ عملاً بالإطلاق؛ لأن إطلاقه مثل تقييده، وكان ذلك تبرعاً من المعير بإثبات ملك اليد للمرتهن، فيعتبر بإثبات ملك العين واليد جميعاً؛ بأن استأذن منه أن يقضي دينه بماله؛ فأذن بقضائه بماله؛ فإنه جائز، ويكون تبرعاً منه بإثبات ملك العين واليد جميعاً، فكذا هذا.

فإن قيل: هذا قياس غير صحيح؛ لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع ملك العين واليد جميعاً.

أجيب: بأن انفصال أحدهما عن الآخر: غير مانع للصحة؛ إذ لا استلزام بينهما حتى يلزم من انتفاء أحدهما انتفاء الآخر.

ألا ترى: أنه يجوز أن ينفصل ملك العين عن ملك اليد:

ثبوتاً كالصبي؛ فإنه يثبت له ملك العين دون اليد.

وزوالاً أيضاً؛ كالبيع بشرط الخيار؛ فإنه يزول [ملك][1] اليد دون ملك العين، وإذا كان كذلك.. جاز أن يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين.

وإن كان الثاني.. لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر مما عينه المعير من قدر الدين ولا بأقل؛ لأن التقييد معتبر مفيد، وهو ينفي الزيادة؛ لأن غرضه: الاحتباس بما تيسر أداؤه، وينفي النقصان أيضاً؛ لأن غرضه: أن يصير مستوفياً للأكثر منه بمقابلته عند الهلاك؛ ليرجع عليه بالكثير، والنقصان يمنع من ذلك [فيكون][2] متعدياً، فيضمن له.

إلا إذا عين له أكثر من قيمته، فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو أكثر.. فإنه لا يضمن؛ لأنه خلاف إلى خير؛ لأن غرضه - أعني: الرجوع عليه بالكثير - حاصل بذلك مع تيسير أدائه؛ لأنه لا يرجع إلا بقدر القيمة؛ لأن الاستيفاء لم يقع إلا به، فتقييده بأكثر من قيمته: غير مفيد في حقه، بل فيه ضرر عليه؛ لتعسر أدائه.

وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن والبلد؛ لأن كل ذلك: مفيد؛ لتيسر بعض الأجناس دون بعض في التحصيل، وتفاوت الأشخاص والبلدان في الحفظ والأمانة.

---

(١) زيادة من «العناية» (١٠/١٨٥).

(٢) زيادة من «البحر» (٨/٣٠٦).

فَإِن خَالفَ؛ فإِنْ شَاءَ الْمُعيرُ.. ضمَّنَ: الْمُسْتَعِيرَ، وَيتمُّ الرَّهْنُ بَينهُ وَبَينَ مرتهِنِهِ. أَوِ الْمُرْتَهِنَ، وَيرجعُ الْمُرْتَهِنُ بِمَا ضمَّنَهُ وبِدَينهِ على الْمُسْتَعِيرِ.

وإِنْ وَافقَ وَهلكَ عِنْدَ مرتهنِهِ.. صَارَ مُسْتَوْفياً دَينَهَ، أَو قدرَ قيمَةِ الرَّهْنِ لَو أَقلَّ مِنَ الدِّينِ، وطالبَ راهنَهُ بباقيهِ، وَوَجَبَ للْمُعِيرِ على الْمُسْتَعِيرِ مثلُ الدَّينِ

فإذا كان التقييد معتبراً؛ (فإن خالف) المستعير في القدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد.. ضمن عند الهلاك؛ (فإن شاء المعير.. ضمَّن) [٧١٢/أ] من التضمين (المستعير) قيمته؛ لأنه متعد بتصرفه في ماله بغير إذنه، فصار غاصباً؛ لأنه إنما أذن فيما عينه.

(ويتم الرهن بينه)؛ أي: المستعير (وبين مرتهنه)؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه رهن ملك نفسه.

(أو المرتهن)؛ لأنه متعد في حقه بالأخذ والقبض.

(ويرجع المرتهن بما ضمنه) من القيمة، (وبدينه على المستعير) وهو الراهن.

أما بما ضمنه.. فلأنه مغرور من جهته.

وأما بالدين.. فلأنه انتقض قبضه واقتضاؤه، فيعود حقه، وقد تقدم في الاستحقاق بالرهن.

(وإن وافق) المستعير المعير فيما قيده من القدر والجنس والمرتهن والبلد، (وهلك) الرهن (عند مرتهنه.. صار) المرتهن (مستوفياً دينه) إن كانت قيمة الرهن مساوية بالدين أو أكثر، (أو) مستوفياً (قدر قيمة الرهن لو) كانت قيمته (أقل من الدين، وطالب) المرتهن (راهنه بباقيه) من الدين؛ لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته.

(ووجب للمعير على المستعير مثل الدين) فيما إذا كانت قيمته مساوية بالدين أو أكثر؛ لأنه صار قاضياً دينه بمال المعير بقدر الدين، وهو الموجب للرجوع دون

أَو قدرُ الْقيمَةِ.

وَلَو هلكَ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ قبلَ الرَّهْنِ، أَو بعدَ فكِّه، لَا يضمنُ.

وَإِن كَانَ قدِ اسْتعْملَهُ مِن قبلُ.

القبض بذاته؛ لأن القبض برضاه، وقد وافقه في أمره، فتكون الزيادة على قدر الدين أمانة.. فلا يضمنها بالهلاك.

وإنما المضمون عليه بالقبض هو قدر الدين.

وكذلك لو أصاب الرهنَ عيبٌ عند المرتهن.. ذهب من الدين بقدر نقصان العيب، ووجب مثله على المستعير للمعير؛ لكونه قاضياً دينه بماله بذلك المقدار.

(**أو قدر القيمة**)؛ لما ذكرناه: من أنه صار قاضياً دينه بقدر القيمة فيرجع به.

(**ولو هلك**) الرهن (**عند المستعير قبل الرهن**) بدون الاستعمال؛ لأنه لو هلك باستعماله.. يضمن (**أو بعد فكه.. لا يضمن**) المستعير؛ لأنه لم يصر قاضياً دينه، وهو الموجب للضمان على ما تقدم (**وإن**) وصلية (**كان قد استعمله**) المستعير (**من قبل**)؛ أي: قبل الهلاك.

تفصيله: أنه إذا استعار شيئاً من الثوب أو العبد أو الدابة ليرهنه؛ فإن هلك عند المستعير قبل أن يرهنه بلا استعمال منه.. فلا ضمان عليه.

وإن هلك عنده باستعماله؛ بأن لبس الثوب واستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنه.. ضمن.

وإن استعمله قبل أن يرهنه، ثم رهنه بمال مثل قيمته، ثم [٧١٢/ب] قضى المال ولم يقبض الرهن من المرتهن حتى هلك عند المرتهن.. لا ضمان على الراهن؛ لأنه قد برئ من الضمان حين رهنه؛ فإنه كان أميناً خالف، ثم عاد إلى الوفاق.

وإن رهنه، ثم افتك الرهن، ثم استعمله ولم يهلك، ثم هلك بعد ذلك من غير صنعه.. لا يضمن أيضاً؛ لأنه صار بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير؛

وَلَو أَرَادَ الْمُعيرُ افتكاكَ الرَّهْنِ بِقَضَاءِ دَينِ الْمُرْتَهِنِ مِن عِنْدِهِ.. فَلهُ ذَلِكَ، وَيرجعُ بِمَا أَدَّى على الرَّاهِنِ.

لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك، فصار وديعة لا عارية، وقد عاد عن الخلاف إلى الوفاق، فبرأ عن الضمان.

وهذا: بخلاف المستعير للاستعمال؛ لأن يده يد نفسه، فلا بد من الوصول إلى يد المالك وهو المعير.

وأما المستعير ليرهن: فهو يحصل مقصود المعير وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء، فتكون يده يد المعير، لا يد نفسه.. فلا يلزم الوصول إلى يد المالك. كذا في «الهداية».

(**ولو أراد المعير افتكاك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده**)؛ أي: من مال نفسه (.. **فله ذلك**)؛ لتخليص ماله (**ويرجع بما أدى على الراهن**)؛ لأنه ليس بمتبرع في أدائه؛ لأنه أداه لضرورة تخليص ماله، ولذا: يجبر المرتهن على القبول، فيرجع بما أدى على الراهن.

قال في «العناية» نقلاً عن «النهاية»: إن المعير إنما يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر قيمة الرهن، لا ما كان أكثر منها.

مثلاً: إذا كان قيمة الرهن ألفاً، ورهنه بألفين، فافتكه المعير بألفين.. ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته وهي ألف؛ لأنه لو هلك الرهن.. لم يضمن للمعير أكثر من ذلك. انتهى.

واستشكله في «الزيلعي»: بأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين، فكان المضطر في إيفاء الكل، وباعتبار الاضطرار: ثبت له حق الرجوع، فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار؟! وهذا: لأن غرضه: تخليص ماله لينتفع به، ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله؛ إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل. انتهى.

وَلَو قَالَ الْمُسْتَعِيرُ: هَلَكَ فِي يَدي قبلَ الرَّهْنِ أَو بعدَ الفكاكِ، وَادّعى الْمُعيرُ هَلَاكَهُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ.. فَالْقَوْلُ لِلْمُسْتَعِيرِ.

وَلَو اخْتلفَا فِي قَدْرِ مَا أَمَرَهُ بِالرَّهْنِ بِهِ.. فللمعيرِ. ....

(ولو قال المستعير: هلك في يدي قبل الرهن، أو بعد الفكاك، وادعى المعير هلاكه عند المرتهن.. فالقول للمستعير)؛ أي: الراهن؛ لأنه ينكر الإيفاء بماله، والرجوع عليه إنما هو باعتبار الإيفاء عن ماله.. فالقول له [٧١٣/أ] والبينة للمعير؛ لأنه يدعي عليه الضمان.

فإن قيل: الظاهر: شاهد للمعير؛ لأن سبب الضمان قد وجد بالرهن، والراهن يدعي فسخه، فوجب أن يكون القول للمعير.

أجيب عنه: بأن الرهن لا يوجب الضمان، وإنما يوجب الإيفاء به، ولهذا: يقدر بقدره، ولو كان الرهن يوجب الضمان.. لضمنه كله.

(ولو اختلفا في قدر ما أمره) المعير (بالرهن به.. فللمعير)؛ لأنه لو أنكر الأصل وهو عقد العارية.. كان القول له، فكذا في إنكار وصفه.

ولو رهنه المستعير بدين موعود، وهو: أن يرهنه ليقرضه كذا، فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض، والمسمى والقيمة سواء.. يضمن قدر الموعود المسمى؛ لأنه كالموجود على ما تقدم، ويرجع المعير على الراهن بمثله؛ لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن: كسلامته ببراءة ذمته عنه.

ولو كانت العارية عبداً، فأعتقه المعير.. جاز؛ لقيام ملك الرقبة.

ثم المرتهن بالخيار:

إن شاء.. رجع بالدين على الراهن؛ لأنه لم يستوفه.

وإن شاء.. ضمن المعير قيمته؛ لأن الحق قد تعلق برقبته، وقد أتلفه بالإعتاق، وتكون القيمة رهناً عنده إلى أن يقبض دينه، فيردها إلى المعير؛ لأن استرداد القيمة: كاسترداد العين.

وَجِنَايَةُ الرَّاهِنِ على الرَّهْنِ مَضْمُونَةٌ.

وَكَذَا: جِنَايَةُ الْمُرْتَهنِ عَلَيْهِ، فَيسْقطُ مِن دَينه بِقَدرِهَا.

وَجِنَايَةُ الرَّهْنِ عَلَيْهِمَا وعَلى مَالِهما هَدَرٌ، خلافاً لَهما فِي الْمُرْتَهِنِ.

(وجناية الراهن على الرهن مضمونة)؛ لأنها تفويت حق لازم محترم للمرتهن، وهو: الحبس والاستيفاء.

أما لزومه: فلأنه لا يقدر على إسقاطه بانفراده.

وأما كونه محترماً: فلأن غير المرتهن ممنوع عن إبطاله، وتعلق مثل هذا الحق بالمال: يجعل المالك كالأجنبي في حق المالكية؛ كتعلق حق الورثة بمال المرتهن مرض الموت؛ فإنه يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث، حتى صار كالأجنبي؛ فإذا كان المالك كالأجنبي.. يضمن بالإتلاف.

(وكذا جناية المرتهن) على الرهن؛ أي: مضمونة (عليه)؛ لأن العين: ملك المالك، وقد تعدى عليه المرتهن، فيضمن لمالكه.

(فيسقط من دينه بقدرها)؛ أي: قدر الجناية؛ لأنه لو نقص لا بفعله.. سقط، فبفعله أولى.

(وجناية الرهن عليهما)؛ أي: على الراهن والمرتهن، (وعلى مالهما: هدر)، حتى لا يلزم فيها شيء.

هذا على إطلاقه: قول أبي حنيفة.

(خلافاً لهما في المرتهن)؛ أي: في جناية الرهن على المرتهن؛ حيث قالا: إنها معتبرة.

أطلق الجناية في النفس [٧١٣/ب] وما دونها، والمراد بها: جناية لا توجب القصاص، بل توجب المال؛ بأن تكون خطأ؛ لأن ما يوجب القصاص.. فهو معتبر بالإجماع، حتى يجب عليه القصاص فالوفاقية ههنا مسألتان:

أحدهما: هذه.

والأخرى: ما ذكره المصنف وهو جناية الرهن على الراهن هدر، وهذا: لأنها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال؛ لأن رقبته مملوك للمولى؛ **بدليل**: أنه إذا مات.. وجب الكفن على مولاه، وكل ما كان كذلك.. فهو هدر؛ لأنه لو جنى على غيره.. وجب على مولاه من ماله، ففيما إذا جنى عليه لو وجب عليه شيء.. لكان واجباً له عليه، وذلك باطل.

فإن قيل: إنه منقوض بالمغصوب إذا جنى على مالكه المغصوب منه.. فإنها توجب الضمان عليه.

أجيب عنه: بأن الملك عند أداء الضمان: يثبت للغاصب مستنداً، حتى يكون الكفن عليه، فكانت جناية غير المالك، فلم تكن هدراً.

ولهما في الخلافية - وهي الجناية على المرتهن -: أن الجناية حصلت على غير مالكه؛ إذ المرتهن ليس بمالك للعين، والجناية على غير المالك: توجب الضمان؛ كما إذا كانت على أجنبي آخر، فلم تكن هدراً.

فإن قيل: ماليته محتبسة بدينه، فلا فائدة في إيجاب الضمان.

أجيب عنه: بأن في اعتبار هذه الجناية فائدة، وهي: دفع العبد إليه بالجناية وإن كان سقط حقه في الدين؛ فإذا دفع إليه بالجناية.. يملك عينه، بخلاف الرهن؛ فإنه لا يملك عينه بالرهن.

وله فيها: أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن.. كان التطهير عليه؛ لأنها حصلت في ضمانه؛ لكونه مخاطباً بالدفع أو الفداء كالراهن، فكان حكم الدفع أو الفداء له وعليه: في حق شيء واحد بسبب واحد، ولا فائدة في ذلك.

والحاصل: أنا لو اعتبرنا هذه الجناية للمرتهن.. لزم وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه، فلا فائدة في اعتبارها.

وَلَو رهنَ عبداً يُسَاوِي ألفاً: بِأَلْفٍ مُؤَجّلَةٍ، فَصَارَت قِيمَتُهُ: مائَةً، فَقتلَهُ رجلٌ وَغَرِمَ مائَةً، وَحلَّ الْأَجَلُ.. يقبضُ الْمُرْتَهِنُ الْمائَةَ قَضَاءً عَن حَقِّهِ، وَلَا يرجعُ على راهنِهِ بِشَيْءٍ.

وأما جنايته على مال المرتهن.. فلا تعتبر بالاتفاق؛ إذا كانت قيمته والدين سواء؛ لأنه لا فائدة في اعتباره؛ لأنه لا يتملك العبد، وهو الفائدة.

وإن كانت القيمة أكثر من الدين.. فاختلفت الرواية فيه عن أبي حنيفة:

ففي رواية عنه: أنه يعتبر بقدر الأمانة؛ لأن الفضل ليس في ضمانه، فأشبه جناية العبد الوديعة على [٧١٤/أ] المستودع.

وفي رواية عنه: أنه لا يعتبر؛ لأن حكم الرهن - وهو الحبس -: ثابت فيه؛ فصار كالمضمون.

بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن، أو على ابن المرتهن؛ لأن الأملاك بين الأب والابن حقيقة متباينة، فصار كالجناية على الأجنبي، فتعتبر.

(**ولو رهن عبداً يساوي ألفاً بألف**)؛ أي: بمقابلة ألف (**مؤجلة، فصارت قيمته**)؛ أي: قيمة العبد (**مائة، فقتله رجل وغرم**) القاتل (**مائة، وحل الأجل.. يقبض المرتهن المائة قضاءً عن حقه، ولا يرجع على راهنه بشيء**) من دينه؛ أعني: تسعمائة.

والأصل فيه: أن نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين؛ لأن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس فيه، وذا غير معتبر في شيء من العقود، حتى إذا نقص قيمة المبيع قبل القبض بنقصان السعر.. لا يوجب للمشتري الخيار.

وكذا لو نقص قيمة المغصوب بنقصان السعر.. لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص عند رد العين المغصوبة:

بخلاف نقصان العين؛ لأن بفوات جزء منه.. يتقرر الاستيفاء؛ إذ اليد يد استيفاء، فلا يقاس عليه نقصان السعر كما قاس عليه زفر.

ثم إذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر.. بقي مرهوناً بكل الدين؛ فإذا

وَإِن بَاعَهُ بِالْمِائَةِ بِأَمْرِ راهنِهِ.. رَجَعَ عَلَيْهِ بِالْبَاقِي.

وإِنْ قَتلَهُ عبْدٌ يعدِلُ مائَةً، فَدُفِعَ بِهِ.. افتكَّهُ الرَّاهِنُ بِكُلِّ الدَّينِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: إِن شَاءَ.. دَفعَهُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ، وَإِن شَاءَ.. افتكَّه بِالدّينِ.

قتله حر.. غرم قيمته يوم الإتلاف؛ لأن القيمة في ضمان الإتلاف معتبر وقت الإتلاف وأخذه المرتهن؛ لأنه بدل المالية في حق المستحق، وحق المرتهن متعلق بالمالية، ثم لا يرجع على الراهن بما بقي من دينه؛ لأنه استوفاه كله بالهلاك.

(وإن باعه)؛ أي: باع المرتهن العبد المساوي ألفاً (بالمائة بأمر راهنه) وقبض ثمنه وهو المائة (.. رجع) المرتهن (عليه)؛ أي: على الراهن (بالباقي) من الدين؛ لأنه لما باعه بإذن الراهن.. صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه، ولو كان باعه بنفسه.. بطل الرهن، وبقي الدين إلا بقدر ما استوفى، فكذا هذا.

(وإن قتله)؛ أي: العبد المساوي ألفاً (عبد) آخر (يعدل) ذلك العبد الآخر (مائة، فدفع) العبد الآخر القاتل (به)؛ أي: بمقابلة العبد المقتول (.. افتكه الراهن بكل الدين)؛ أعني: الألف. هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(وعند محمد): الراهن مخير (إن شاء.. دفعه)؛ أي: دفع العبد القاتل الذي قام مقام العبد المقتول (إلى المرتهن، وإن شاء.. افتكه بالدين)؛ أي: الألف.

فإن دفعه إليه.. لا شيء عليه غيره.

وقال زفر: يصير [٧١٤/ب] العبد القاتل رهناً عنده بمائة؛ لأن يد المرتهن يد استيفاء، وقد تقرر بالهلاك، إلا أنه أخلف بدلاً بقدر العشر، فبقي الدين بقدره.

قلنا: إن العبد الثاني قائم مقام الأول لحماً ودماً، ولو كان الأول قائماً وانتقص السعر.. لا يسقط الدين أصلاً عندنا - كما تقدم - فكذلك إذا أقام المدفوع مقامه.

ولمحمد في الخيار: أن المرهون تغير في ضمان المرتهن، فيخير الراهن؛ كالمبيع إذا قتل قبل القبض، والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب.. يخير المشتري والمغصوب منه، فكذا هذا.

وَإِن جنى الرَّهْنُ خطأً.. فدَاهُ الْمُرْتَهنُ، وَلَا يرجعُ.

فَإِن أَبى.. دَفعَهُ الرَّاهْنُ، أَو فدَاهُ، وَسقطَ الدَّينُ.

ولهما: أن التغير لم يظهر في نفس العبد؛ لقيام الثاني مقام الأول لحماً ودماً كما تقدم مع زفر، وعين الرهن أمانة عندنا، فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه، ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي، وإنه منسوخ بالحديث.

بخلاف البيع؛ لأن الخيار فيه: حكمه الفسخ، وهو مشروع.

وبخلاف الغصب؛ لأن تملكه بأداء الضمان مشروع أيضاً.

وعلى الخلاف المذكور أيضاً: أنه لو تراجع سعر العبد الرهن إلى مائة من ألف، ثم قتله عبد يساوي مائة، فدفع به.

(وإن جنى) العبد (الرهن خطأ)؛ بأن قتل شخصاً خطأ (.. فداه المرتهن)؛ أي: ليس للمرتهن أن يدفع العبد الرهن إلى ولي المقتول؛ لأنه لا يملك التمليك؛ لأن رقبته ملك المولى وهو الراهن؛ فإذا فداه.. أصلح رهنه، وكان دينه على الراهن بحاله، والعبد رهن كما كان.

(ولا يرجع) المرتهن على الراهن بشيء من الفداء؛ لأن الجناية حصلت في ضمانه، فكان إصلاح الرهن إليه.

فإذا كان الإصلاح بالفداء إليه؛ (فإن أبى) عن الفداء (.. دفعه)؛ أي: العبد (الراهن أو فداه)؛ لأن الملك له.

يقال للراهن: إذا لم تفتد المرتهن.. ادفع العبد إلى ولي الجناية، أو افده بالدية، وأيهما فعل الراهن.. سقط دين المرتهن، وإليه أشار بقوله: (وسقط الدين)؛ أي: من الراهن؛ لأن العبد قد هلك بالدفع بسبب حصل في يد المرتهن، وكذا بالفداء؛ لأنه كالحاصل له بالعوض.

وهذا: بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً أو استهلك مالاً.. حيث يخاطب الراهن أولاً بالدفع أو الفداء، على عكس ما ذكر؛ لأنه ليس في ضمان المرتهن، فيبدأ

بالخطاب بالراهن دون المرتهن.

فإن دفع الراهن.. خرج الولد من الرهن، ولم يسقط شيء من الدين؛ كما لو هلك الولد ابتداء.

وإن فداه.. فهو رهن مع أمه كما كان.

ولو استهلك [٧١٥/أ] العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته؛ فإن أداه المرتهن.. فدين نفسه باق على حاله؛ كما في الفداء.

وإن أبى.. قيل للراهن: بعه في الدين، إلا أن يؤدي عنه؛ فإن أدى.. بطل دين المرتهن؛ كما ذكر في الفداء.

وإن لم يؤد وبيع العبد فيه.. يأخذ صاحب دين العبد دينه؛ لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وعلى حق المولى أيضاً؛ لأن حقه مقدم على حق المولى.

وكذا: على حق المرتهن؛ لأنه قام مقام المولى في المالية.

وكذا: على حق ولي الجناية أيضاً؛ لأن ولي الجناية قام مقام المولى في ملك العين؛ فإن فضل شيء من دين العبد، ودين العبد مثل دين المرتهن أو أكثر.. فالفضل للراهن، وبطل دين المرتهن؛ لأن الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمانه، فأشبه الهلاك.

وإن كان دين العبد أقل منه.. سقط من دين المرتهن بقدره، وما فضل من دين العبد.. يبقى رهناً كما كان.

ثم إن كان دين المرتهن قد حل.. أخذ المرتهن من ذلك الفضل دينه؛ لأنه من جنس حقه، وقد ظفر به، وإن كان لم يحل.. أمسكه حتى يحل، ثم يأخذه إذا حل إن كان من جنس حقه.

وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين العبد.. أخذ الثمن، ولا يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد؛ لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته، وقد استوفيت، فيتأخر إلى ما بعد العتق.

ثم إذا أدى العبد بعد العتق.. لا يرجع على أحد؛ لأنه وجب عليه بفعله.

هذا: إذا كان العبد الرهن كله مضموناً؛ بأن كان قيمته مثل الدين.

وإن كانت قيمته أكثر من الدين؛ بأن كان الدين ألفاً، وقيمته ألفان، وقد جنى جناية خطأ.. قيل لهما: ادفعاه أو افدياه بها؛ **لأن البعض مضمون** وهو قدر الدين، **والبعض أمانة** وهو الزائد على قدر الدين، والفداء في المضمون على المرتهن، وفي الأمانة على الراهن؛ فإن اجتمعا على الدفع.. دفعا وبطل دين المرتهن.

والدفع في الحقيقة: لا يجوز من المرتهن؛ لما بينا، وإنما له التخليص بالفداء، ولهذا.. يطلب رضاه في الدفع؛ لاحتمال أن يختار الفداء.

وإن تشاحا؛ بأن اختار أحدهما الفداء، والآخر الدفع.. فالقول لمن قال: أنا أفده؛ أيهما كان.

أما إن كان هو المرتهن: فلأنه ليس في الفداء الذي يختاره إبطال حق الراهن [٧١٥/ب]، وفي الدفع الذي يختاره الراهن: إبطال حق المرتهن.

ويكون المرتهن في الفداء متطوعاً في حصة الأمانة، حتى لا يرجع على الراهن بذلك؛ لأنه كان يمكنه أن لا يختاره، فيخاطب الراهن، فلمّا التزمه والحالة هذه.. كان متبرعاً، على ما روي عن أبي حنيفة.

بخلاف ما إذا كان الراهن غائباً؛ لأنه تعذر خطابه، والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون عليه، ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة، فلا يكون متبرعاً.

وعند أبي يوسف ومحمد وزفر: المرتهن متطوع في الوجهين؛ لأنه [فدى ملك][1] غيره بغير أمره، فصار كالأجنبي.

وأما إذا كان المختار للفداء هو الراهن: فلأن المرتهن ليس له ولاية الدفع كما عرفت، فكيف يختاره؟! ولأن في الدفع الذي يختاره المرتهن: تفويت حق الراهن

---

(١) في المخطوط: (أملك)، والمثبت من «الهداية» (٤/٤٣٨).

وَلَو مَاتَ الرَّاهِنُ.. بَاعَ وَصِيّهُ الرَّهْنَ وَقضى الدَّينَ.

فَإِن لم يكن لَهُ وَصِيٌّ.. نصَّبَ القَاضِي لَهُ وَصِيّاً، وَأَمَرَهُ بذلكَ.

في العين من غير فائدة تحصل له؛ لأن حكمه يسقط بالدفع كما يسقط بفداء الراهن.

ثم إذا فداه الراهن.. يجب على المرتهن حصة المضمون من الفداء من دينه؛ لأن سقوط الدين: أمر لازم؛ دفع أو فداء؛ لأنه بالاستحقاق صار هالكاً؛ فإذا فداه.. صار كأنه حصل بالفداء، فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعاً.

ثم ينظر:

إن كان حصة المضمون من الفداء مثل الدين أو أكثر.. بطل الدين.

وإن أقل من الدين.. يسقط بحسابه، وكان العبد رهناً بما بقي؛ لأن الفداء في حصة الأمانة: كان عليه، وفي حصة المضمون: كان على المرتهن؛ فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع فيه.. كان له الرجوع عليه، فيصير قصاصاً بدينه كله أو بعضه، فيبقى العبد رهناً بما بقي.

بخلاف ما إذا فداه المرتهن.. حيث يكون متطوعاً في حال حضرة الراهن، لا في حال غيبته، على ما تقدم. كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

(ولو مات الراهن.. باع وصيه الرهن وقضى الدين)؛ لأن الوصي قائم مقام الموصي.

ولو كان الموصى حياً.. كان له أن يبيع الرهن، فكذا وصيه.

(فإن لم يكن له وصي.. نصب القاضي له وصياً وأمره)؛ أي: الوصي المنصوب (بذلك)؛ أي: ببيع الرهن وقضاء الدين منه؛ لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم، وقد تعين النظر في نصب الوصي له ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي دينه.

ولو كان على الميت دين [٧١٦/أ]، فرهن الوصي بعض التركة عند غريم آخر للميت.. لم يجز، وللآخرين من غرمائه أن يردوه؛ لأنه إيثار بعض الغرماء بالإيفاء

الحكمي، فأشبه الإيثار الحقيقي؛ بجامع: أن كلاً منهما يستلزم إبطال حق الآخرين من الغرماء.. فلا يجوز ذلك.

بخلاف ما لو لم يكن للميت غريم آخر.. جاز الرهن به؛ اعتباراً بالإيفاء الحقيقي أيضاً.

ولو ارتهن الوصي بدين للميت على آخر.. جاز؛ لأنه استيفاء، فيملكه الوصي، وله أن يبيعه إن وكل به، وإلا.. فلا إلا بإذن الراهن.

* * *

(فَصْلٌ)

رَهَنَ عصيراً قِيمَتُهُ عشرَةٌ بِعشْرَةٍ، فتخمَّرَ ثمَّ تخَلَّلَ وَهُوَ يساويها.. فَهُوَ رهنٌ بهَا.

(فَصْلٌ)

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في أواخر الكتب والفصول.

(**رهن عصيراً قيمته عشرة**) دراهم (**بعشرة**) دراهم، الجار: متعلق بـ«رهن» وهو بمعنى المقابلة، (**فتخمر**) العصير؛ أي: صار خمراً، (**ثم تخلل**)؛ أي: صار خلاً بنفسه (**وهو**)؛ أي: الخل (**يساويها**)؛ أي: العشرة التي لم تنقص بشيء من قيمته بالتخلل.

(.. **فهو**)؛ أي: الخل: (**رهن**) كما كان (**بها**)؛ أي: بالعشرة؛ لأن ما يكون محلاً للبيع بقاء.. يكون محلاً للرهن بقاء أيضاً؛ كما أن ما يكون محلاً للبيع ابتداء يكون محلاً للرهن ابتداء أيضاً، والخمر محل للبيع بقاء.

ألا ترى: أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض.. يبقى العقد فيها، إلا أن المشتري يتخير في البيع لتغير وصف المبيع؛ كما إذا تعيب في يده قبل قبض المشتري؛ فإذا كان محلاً للبيع بقاء.. يكون محلاً للرهن بقاء أيضاً.

وهذا: لأن العقد وقع صحيحاً؛ فإذا تخمر.. فقد فسد، لكن بالتخلل يعود العقد صحيحاً؛ لعود المالية المتقومة فيها، وزوال المفسد، كذا في «الهداية» و«الكنز» و«الوقاية».

وفيه نظر؛ لأنه يشعر بأن المعتبر فيه - في الزيادة والنقصان -: القيمة، وليس كذلك.

بل المعتبر فيه: القدر؛ لأن العصير والخل من المقدرات؛ لأنه إما مكيل أو موزون.

وفيهما: نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين؛ كما في القلب إذا انكسر، وإنما يوجب الخيار للراهن: بين أن يفتكّه بجميع الدين، وبين أن يضمنه

قيمته من جنسه، أو من خلاف جنسه، ويجعل قيمته رهناً مكانه، وملك المرتهن بالضمان ما ضمن قيمته من العين المتعيب، هذا عندهما.

وعند محمد: الراهن مخير بين أن يفتكه بجميع الدين، وبين أن يجعله بالدين؛ كما صرح به في «الزيلعي» و«العناية».

وهذا: لأن الفائت فيه: مجرد الوصف، وفوات [٧١٦/ب] شيء من الوصف في المكيل والموزون وإن كان مرغوباً فيه.. لا يوجب سقوط شيء من الدين عندنا، بل يوجب الخيار كما ذكرناه.

وإنما يوجب سقوط الدين: فوات شيء من قدره، فيكون الحكم فيما نحن فيه: أنه إن نقص شيء من قدر الخل.. سقط من الدين بقدره، وإلا.. فلا، فالأولى أن يقول: «ثم تخلل ولم ينقص من مقداره شيء» كما وقع في «العناية».

وقال فيها أيضاً: إن العصير المرهون إذا تخمر.

فإما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمَين أو كافرَين، أو يكون الراهن وحده مسلماً، أو بالعكس.

فإن كانا كافرين.. فالرهن بحاله؛ تخلل أو لم يتخلل.

وفي الأقسام الباقية:

إن تخلل.. فكذلك، وإلى هذا يشير إطلاق قوله: «ثم تخلل» أي: بنفسه.

وإن لم يتخلل بنفسه.. فهل للمرتهن أن يخلله أو لا؟

فيه تفصيل:

إن كانا مسلمين، أو كان الراهن مسلماً.. جاز تخليله؛ لأن المالية وإن تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن، وذلك يسقط.. لكن إعادتها ممكنة بالتخليل، فصار كتخليص الرهن من الجناية، وللمرتهن ذلك، وإذا جاز ذلك للمسلمَين والخمر

وَإِن رُهِنَتْ شَاةٌ قِيمتُهَا عشرَةٌ: بِعشْرَةٍ، فَمَاتَتْ، فدُبِغَ جِلدُهَا وَهُوَ يُسَاوِي دِرهماً.. فَهُوَ رهنٌ بِهِ.

ليست بمحل بالنسبة إليهم.. فلئن يجوز في المرتهن الكافر أولى؛ لأنها محل بالنسبة إليه.

وأما إذا كان الراهن كافراً.. فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله؛ لأن صفة الخمرية لا تعدم المالية في حق الكافر، فليس للمرتهن المسلم تخليلها؛ فإن خللها.. ضمن قيمتها يوم خللها؛ لأنه صار غاصباً بما صنع؛ كما لو غصب خمر ذمي فخللها، والخل له، وتقع المقاصة إن كان دينه من جنس القيمة، ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه. انتهى.

(وإن رُهِنَتْ) - على صيغة المجهول - (شاة قيمتها عشرة بعشرة، فماتت) الشاة في يد المرتهن (فدبغ)؛ أي: المرتهن (جلدها، وهو)؛ أي: الجلد (يساوي درهماً.. فهو)؛ أي: الجلد (رهن به)؛ أي: بدرهم إن كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهماً.

وأما إذا كانت قيمته يومئذ درهمين.. فهو رهن بدرهمين، ويعرف ذلك: بأن ينظر إلى قيمة الشاة حية ومسلوخة؛ فإن كانت قيمتها حية عشرة، وقيمتها مسلوخة تسعة.. كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهماً، وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية.. كانت درهمين.

وإنما وجب النظر إلى قيمة الجلد واللحم يوم الرهن لا يوم الدباغ؛ لأن [٧١٧/أ] الأصل: أن قيمة الرهن إنما يعتبر يوم الارتهان.

هذا: إذا كانت قيمة الشاة مثل الدين.

فإن كانت أكثر أو أقل من الدين.. فقال في «الكفاية»: أما إذا كانت قيمة الشاة أكثر من الدين؛ بأن كانت قيمتها عشرين، وقد دبغ الجلد والدين عشرة.. فإنه ينظر إلى قيمة الجلد وإلى اللحم يوم الارتهان:

فإن كانت قيمته يوم الارتهان درهماً؛ بأن كانت قيمتها حية عشرين، ومسلوخة

تسعة عشر.. علم أن قيمة الجلد كانت درهماً، فيكون الجلد رهناً بنصف درهم؛ لأن بأداء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين، فيكون الجلد رهناً بنصف درهم، ويسقط بإزاء اللحم تسعة ونصف.

وإن كانت قيمة الشاة أقل من الدين؛ بأن كانت قيمتها خمسة، وقد دبغ الجلد، وكانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهماً.. فقد ذهب من الدين أربعة، والجلد رهن بستة؛ لأن الخمسة من الدين باقية، وبمقابلة الخمسة الأخرى كانت الشاة مرهونة؛ فلما ماتت الشاة.. ذهب ما ذهب، وهو الخمسة، وقد عاد من الساقط بقدر مالية الجلد بالدباغة وهو درهم، وكل جزء من الرهن محبوس بجميع الدين؛ فلذا: كان الجلد مرهوناً بما بقي من الدين وهو ستة، ولم تعد أربعة؛ لأنها كانت بإزاء اللحم، ولم يزل التوى عن اللحم، وقد كان بقي عليه من الدين خمسة، فكان الباقي من الدين ستة، فصار الجلد رهناً بستة، مضموناً بدرهم.

فإذا هلك الجلد بعد ذلك.. هلك بدرهم واحد، ويرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين.

هذا، قالوا: إن ما ذكر أعني كون الجلد رهناً ما يخصه من الدين لا يشكل إذا حصل دبغ الجلد من المرتهن بشيء لا قيمة له؛ بأن تربه أو شمسه؛ لأنه في هذه الحالة لا يستحق بسبب الدباغة على الراهن شيئاً، حتى يستحق حبس الجلد.

فأما إذا حصل الدبغ بما له قيمة.. يثبت للمرتهن حق حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه؛ كما لو غصب جلد ميتة وديعة بشيء له قيمة.

وإذا استحق المرتهن حبس الجلد بما زاد الدبغ فيه.. فهل يبطل الرهن الأول، أو لا يبطل؟

قال الفقيه أبو جعفر: فيه قولان:

في أحدهما: يبطل، ويصير الجلد رهناً بقيمة ما زاد الدباغ فيه، حتى لو أدى الراهن قيمة ما زاد الدباغ فيه.. أخذ الجلد؛ لأنه صار مرهوناً بالدين [٧١٧/ب] الثاني حكماً.

ولو صار مرهوناً بالدين الثاني حقيقة؛ بأن قال الراهن: جعلته رهناً بالدين الحادث.. ينفسخ الأول بالثاني، فكذا: إذا صار مرهوناً به حكماً.

وفي القول الآخر: لا يبطل؛ لأن الأصل عندنا: أن الشيء إنما يبطل بما هو مثله أو فوقه، ولا يبطل بما هو دونه؛ كالبيع بألف ينفسخ بالبيع بألف أو بأقل من ألف؛ فإنه مثل البيع الأول، وزيادة الثمن وقلته لا تضر، وينفسخ به الأول.

ولا يبطل بالإجارة أو بالرهن؛ لأنهما دون البيع، والرهن الثاني ههنا: دون الأول؛ لأنه إنما استحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد بحكم الدبغ، وتلك المالية تبع للجلد؛ لأنها وصف له، والوصف يتبع الأصل دائماً، والرهن الأول بمال هو أصل بنفسه، وليس بتبع لغيره وهو الدين، فيكون أقوى من الثاني، فلم ينفسخ الثاني.

ويثبت الثاني أيضاً؛ لأن سببه قد تحقق، وإنه لا يمكن رده، بخلاف الإجارة والرهن؛ لأن ردهما ممكن بالقول ببطلانهما، كذا في «الكفاية» و«الزيلعي».

قال في «قاضي خان»: رجل رهن شاة، وأباح للمرتهن أن يشرب من لبنها.. كان للمرتهن أن يشرب أو يأكل، ولا يكون ضامناً؛ فإن هلكت الشاة بعد ذلك عند المرتهن.. قسم الدين على قيمة الشاة وعلى قيمة اللبن؛ فما أصاب الشاة.. يسقط ذلك القدر من الدين، وما أصاب اللبن.. يرجع المرتهن بذلك على الراهن؛ لأن شرب اللبن بإذن الراهن كشرب الراهن، ولو شرب الراهن.. لا يسقط قدر حصته من الدين؛ كما لو أتلف الراهن عضواً من أعضائها.. كان للمرتهن أن يرجع على الراهن بحصته من الدين، وعلى هذا: جميع النماء والزيادة. انتهى.

ونماءُ الرَّهْنِ؛ كولدِهِ ولبنِهِ وصُوفِهِ وثمرِهِ: للرَّاهِنِ، وَيكونُ رهناً مَعَ الأَصْلِ.

وهل يرجع المرتهن بالدين على الراهن بعد جعل الرهن بالدين بالهلاك، ثم عاد إلى المرتهن أو يكون ملكاً للمرتهن؟

ففيه خلاف بيننا وبين زفر.

قال زفر: يكون ملكاً له.

وقال أصحابنا: يعود الرهن، ويرجع به على الراهن، على ما صرح به في «الزيلعي»؛ حيث قال: ولو أبق العبد المرهون وجعل بالدين، ثم عاد.. يعود بالدين.

وعند زفر: لا يعود، بل يكون العبد ملكاً للمرتهن؛ لأن القاضي لما جعله بالدين.. فقد ملكه إياه؛ كالمغصوب يعود بعد الضمان؛ فإنه يكون ملكاً للغاصب، ولا يعود إلى ملك المغصوب منه [٧١٨/أ].

قلنا: إن الرهن لا يملك بالدين؛ لأنه حكم جاهلي على ما تقدم، وإنما يقع بقبضه الاستيفاء من وجه، ويتم ذلك بالهلاك؛ فإذا عاد.. ظهر أنه لم يتم، فبقي محبوساً بالدين، بخلاف المغصوب؛ فإنه يملكه بالضمان.

(**ونماء الرهن؛ كولده**) الكاف: للتمثيل لا للتشبيه، (**ولبنه وصوفه وثمره: للراهن**)؛ لأنه متولد عن ملكه، فيكون له.

(**ويكون**) النماء: (**رهناً مع الأصل**)؛ لأنه تبع له؛ لكونه متولداً منه، فيكون رهناً معه؛ أي: يحبس معه؛ لأن الأوصاف القارة في الأصل اللازمة له: تسري إلى الفروع المتولدة منه إذا كانت الفروع صالحة لأحكام الأصل، والرهن من هذا القبيل؛ لأنه حق متأكد لازم حتى لا ينفرد الراهن بإبطاله، فيسري إلى الفروع؛ كالحرية والقِنِّيَّة والمكاتبية والمدبرية والبيعية؛ فإن هذه لكونها أوصافاً لازمة.. تسري من الأم إلى الأولاد.

فَإِن هلكَ.. هلكَ بِلَا شَيْءٍ.

وَإِن بَقِيَ وَهلكَ الأَصْلُ.. يُفتَكُّ بِحِصَّتِهِ مِنَ الدَّينِ، ....

بخلاف ولد الجارية الجانية؛ فإن حكم الجناية لا يسري إلى الولد، ولا يتبع أمه فيها؛ لأن الحق فيها غير متأكد، حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء.

وبخلاف ولد المستأجرة، والكفيلة، والمغصوبة، والموصى بخدمتها؛ لأن المستأجر حقه في المنفعة دون العين.

وفي الكفالة: الحق في الذمة، والولد لا يتولد من الذمة.

وفي الغصب: السبب إثبات اليد العارية بإزالة اليد المحقة، وهو معدوم في الولد، ولا يمكن إثباته فيه تبعاً؛ لأنه فعل حسي، والتبعية تجري في الأوصاف الشرعية.

وفي الجارية الموصى بخدمتها: المستحق له هو الخدمة، وهي منفعة، والولد غير صالح لها قبل الانفصال، فلا يكون تبعاً لها، وبعده: لا ينقلب موجباً أيضاً بعد أن ينعقد غير موجب.

(فإن هلك) النماء (.. هلك بلا شيء)؛ لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل؛ لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودة؛ لأن اللفظ لا يتناولها، إلا إذا صار مقصوداً بالفكاك؛ كما يظهر لك ذلك.

(وإن بقي) النماء (وهلك الأصل.. يفتك) الرهن وهو النماء الباقي (بحصته من الدين)؛ لأن النماء حينئذ صار مقصوداً بالفكاك؛ لهلاك الأصل، والتبع إذا صار مقصوداً.. يكون له قسط مما يقابل الأصل؛ كولد المبيع: لا حصة له من الثمن، ثم إذا صار مقصوداً بالقبض.. صار له حصة من الثمن، حتى إذا هلكت الأم قبل القبض وبقي الولد.. كان للمشتري أن يأخذ الولد بحصته من الثمن.

ولو هلك الولد قبل القبض [٧١٨/ب].. لا يسقط شيء من الثمن.

وَيُقَسمُ الدَّينُ على قيمَةِ الأَصْلِ يَوْمَ الْقَبْضِ وَقِيمَةِ النَّمَاءِ يَوْمَ الفِكَاكِ؛ فَمَا أَصَابَ الأَصْلَ.. سقطَ، وَمَا أَصَابَ النَّمَاءَ افتَكَّ بِهِ.

وَتَصِحُّ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ، ....

(ويقسم الدين) شروع في بيان معرفة حصة النماء، وحصة الأصل من الدين؛ يعني: إذا كان يفتك النماء بحصته من الدين.. يقسم الدين (على قيمة الأصل يوم القبض، وقيمة النماء يوم الفكاك؛ فما أصاب الأصل.. سقط، وما أصاب النماء.. افتك) الراهن (به)؛ أي: بما أصاب النماء؛ لأن الولد صار له حصة من الدين بالفكاك، لا قبله كما عرفت، والأم دخلت في ضمانه من وقت القبض، فيعتبر قيمة كل واحد منهما في وقت اعتباره.

قال علاء الدين في «شرح الوقاية» نقلاً عن الكرخي: وتفسير ذلك: رجل رهن رجلاً أمة قيمتها ألف بألف، فولدت ولداً يساوي ألفاً، والدين الآن في الظاهر نصفان، نصف في الأمة ونصف في الولد؛ فإن مات الولد.. ذهب بغير شيء؛ لعدم حصته من الدين مع قيام الأصل، فكانت الأم رهناً بجميع الدين.

فإن ماتت الأم بعد موت الولد.. ذهبت بجميع الدين.

فإن ماتت قبل الولد.. ذهبت بنصف الدين، وافتك الراهن الولد بنصف الدين؛ فإن لم يفتكه الراهن حتى مات بعد أمه.. ذهب بغير شيء، وصار كأنه لم يكن، وذهبت الأم بجميع الدين. إلى هنا لفظ الكرخي.

ولو أذن الراهن المرتهن في أكل زوائد الرهن؛ بأن قال: مهما زاد الرهن فكله، فأكله.. فلا ضمان عليه، ولا يسقط شيء من الدين؛ لأنه أتلفه بإذن صاحبه، وهذا إباحة وإطلاق، والإطلاقات: يجوز تعليقها بالشر والخطر.

بخلاف التمليك. كذا في «الفتاوى».

(وتصح الزيادة في الرهن)؛ بأن رهن ثوباً يساوي عشرة بعشرة، ثم يزيد الراهن ثوباً آخر ليكون رهناً مع الأول بالدين الأول.

وَلَا تصحُّ فِي الدَّينِ.. فَلَا يكونُ الرَّهْنُ رهناً بهَا.

خلافاً لأَبي يُوسُفَ.

(**ولا تصح في الدين**) بأن يزيد ديناً على الدين الأول، على أن يكون الرهن الأول رهناً بالدينين، وهذا غير جائز.

لا بمعنى: أن زيادة الدين على الدين الأول غير جائزة في نفسها؛ لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائزة بالإجماع.

بل بمعنى: أن الرهن لا يكون رهناً بالدين الثاني، ولذا قال: (**فلا يكون الرهن رهناً بها**)؛ أي: بالزيادة؛ احترازاً عما ذكرناه.

(**خلافاً لأبي يوسف**) قال: يجوز الزيادة في الدين أيضاً؛ بمعنى: أن الرهن يكون رهناً بالأصل والزيادة معاً.

وقال الشافعي وزفر: لا يجوز الزيادة في الرهن أيضاً.

لهما: أن الزيادة في الرهن تؤدي إلى الشيوع؛ لأنه [٧١٩/أ] لا بد للثاني من أن يكون له حصة من الدين، فيخرج الرهن الأول بقدره من أن يكون مضموناً، وذلك شائع، والشيوع يفسد الرهن.

ولأبي يوسف: أن الدين في باب الرهن: كالثمن في المبيع، والرهن: كالمثمن.. فيجوز الزيادة فيهما؛ كما في البيع.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن؛ لأن الزيادة تُثبت فيه ضمانَ الدين الثاني، فيكون بعض الرهن مضموناً به، وبعضه مضموناً بالدين الأول، وذلك البعض مشاع.

بخلاف الزيادة في الرهن؛ لأنها توجب تحول الدين إلى الدين الثاني؛ لأن الدين ينقسم عليها، فصار الشيوع في الدين لا في الرهن، وذلك غير مانع صحة الرهن.

ألا ترى: أنه لو رهن شيئاً بخمسمائة من ألف درهم عليه.. يجوز.

وَإِنْ رهنَ عبداً يعدِلُ أَلفاً: بِأَلِفٍ، فَدفعَ مَكَانَهُ عبداً يعدِلُها.. فَالْأَوَّلُ: رهنٌ حَتَّى يُرَدَّ إِلَى راهنِهِ، ....

ولو كان الشيوع في الدين مانعاً.. لما جاز هذا.

وإذا صحت الزيادة في الرهن - وتسمى هذه: زيادة قصدية - قسم الدين على قيمتها يوم قبضها، وعلى قيمة الأول يوم قبضه؛ لأن كل واحد منهما دخل في ضمان المرتهن يوم قبضه، فكان المعتبر: يوم قبضه.

وإذا رهن جارية بألف تساوي ألفاً، فولدت ولداً يساوي ألفاً، فأراد الراهن الزيادة على الولد، فقال: زدتك هذا العبد مع الولد رهناً وهو أيضاً يساوي ألفاً.. جاز العقد، ويكون العبد رهناً مع الولد دون الأم.

فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك، وإلى قيمة الأم يوم العقد؛ فما أصاب الولد.. قسم على قيمته يوم الفكاك وعلى قيمة العبد يوم قبضه؛ لأنه دخل في ضمانه بالقبض.

فإن مات الولد بعد الزيادة.. بطلت؛ لأنه إذا هلك.. خرج من العقد، فصار كأن لم يكن، فبطل الحكم في الزيادة.

ولو قال الراهن: زدتك هذا العبد مع الأم.. قسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض؛ فما أصاب الأم.. قسم عليها وعلى ولدها؛ لأن الزيادة دخلت على الأم، فصارت كأنها كانت في أصل العقد، فيكون الولد داخلاً في حصة الأم خاصة.

فإن ماتت الأم بعد الزيادة.. ذهب ما كان فيها، وبقي الولد والزيادة بما فيها؛ لأن هلاك الأم لا يوجب سقوط الضمان، بل يقرره.. فلا يبطل الحكم.

وفي الزيادة لو مات الولد بعد الزيادة.. ذهب بغير شيء [٧١٩/ب]، وكان العقد في الأم ولا ولد معها، كذا في «العناية»، وتفصيله في «الزيلعي».

(وإن رهن عبداً يعدل ألفاً بألف، فدفع مكانه)؛ أي: مكان العبد (عبداً) آخر (يعدلها)؛ أي: الألف (فالأول: رهن حتى يرد) المرتهن (إلى راهنه)؛ لأنه دخل في

وَالْمُرْتَهِنُ أَمِينٌ فِي الثَّانِي حَتَّى يَجعلَهُ مَكَانَ الأَوَّلِ بردِّ الأَوَّلِ.

وَلَو أَبْرَأَ الْمُرْتَهِنُ الرَّاهِنَ عَنِ الدَّينِ أَو وهبَهُ مِنْهُ فَهَلَكَ الرَّهْنُ.. هَلَكَ بِلَا شَيْءٍ.

ضمانه بالقبض والدين، فلا يخرج عن الضمان ما داما باقيين، إلا أن ينقض القبض.

(والمرتهن أمين في الثاني حتى يجعله)؛ أي: الثاني (مكان الأول برد الأول) إلى راهنه؛ لأن الأول لما كان في ضمانه بالقبض، والدين لا يُدخل الثاني في ضمانه ما دام الأول في ضمانه؛ لأنهما إنما رضيا بدخول أحدهما فيه، لا بدخولهما معاً.

فإذا خرج الأول عن ضمانه برده إلى الراهن.. دخل الثاني في ضمانه، فيكون رهناً مكان الأول.. فهل يشترط تجديد القبض في الثاني؟

ففيه اختلاف:

قيل: يشترط؛ لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة، وعلى الأول يد استيفاء وضمان، فلا ينوب عنه؛ كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفاً بظنها جياداً، ثم علم أنها زيوف وطالبه بالجياد وأخذها؛ فإن الجياد أمانة عنده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض في الجياد.

وقيل: لا يشترط؛ لأن الرهن تبرع كالهبة، وعينه أمانة على ما عرف، وقبض الأمانة ينوب عن قبض الأمانة، ولأن الرهن عينه أمانة، والقبض برد العين، فينوب قبض الأمانة عن قبض العين.

(ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، أو وهبه منه، فهلك الرهن.. هلك بلا شيء) في الاستحسان.

خلافاً لزفر.

له: أن القبض وقع مضموناً، فيبقى الضمان ما بقي القبض.

ولنا: أن ضمان الرهن باعتبار القبض والدين ولو كان الدين موعوداً على ما تقدم، وبالإبراء والهبة: لم يبق أحدهما، وهو الدين؛ لسقوطه بهما، والحكم الثابت

بعلة ذات وصفين.. يزول بزوال أحدهما.

ألا ترى: أنه لو رد الرهن إلى راهنه.. يسقط الضمان؛ لزوال القبض مع بقاء الدين.. فكذلك إذا سقط الدين بالإبراء والهبة.. يسقط الضمان؛ لزوال الدين مع بقاء القبض.

بخلاف ما إذا أحدث المرتهن بعد البراءة منعاً عن القبض؛ بأن طلبه الراهن ومنعه عنه، ثم تلف في يده.. فإنه ضمن قيمته؛ لأن حق المنع لم يبق بعد الإبراء، فصار بالمنع غاصباً، فيضمن.

وكذا: إذا ارتهنت المرأة بصداقها رهناً فأبرأته، أو وهبت له واختلعت عليه، أو ارتدت والعياذ بالله تعالى [٧٢٠/أ] قبل الدخول بها، ثم هلك الرهن في يدها.. يهلك بغير شيء؛ لسقوط الدين.

بخلاف ما لو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن، أو بإيفاء متبرع، ثم هلك الرهن في يد المرتهن؛ فإنه يهلك بالدين، ويجب عليه ردها؛ استوفى إلى الراهن أو إلى المتبرع.

والفرق بينهما: أن الإبراء يسقط به الدين أصلاً، وبالاستيفاء: لا يسقط؛ لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين، لكن يكون المقبوض مضموناً على القابض، فيلتقيان قصاصاً، على ما بينه في «الزيلعي».

وبخلاف ما لو اشترى بالدين عيناً، أو صالح عنه على عين؛ فإنه استيفاء.

وبخلاف ما إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره، ثم هلك الراهن.. بطلت الحوالة، وتملك بالدين؛ لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء؛ لأنه يزول به عن ملك المحيل مثلُ ما كان على المحتال عليه، أو ما يرجع به عليه؛ إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين؛ لأنه بمنزلة الوكيل.

وبخلاف ما إذا تصادقا على أن لا دين عليه، وهلك الرهن في يده.. يملك بالدين أيضاً؛ لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه، فتكون الجهة قائمة.

وَلَو قَبَضَ دَينَهُ أَو بعضَهُ مِنْهُ، أَو مِن غَيرِهِ أَو شرى بِهِ عيناً، أَو صَالحَ عَنهُ على شَيْءٍ، أَوِ احتالَ بِهِ على آخرَ، ثمَّ هلكَ قبلَ ردِّهِ.. هلكَ بِالدَّينِ، وَيردُّ مَا قَبَضَ إِلَى مَن قُبِضَ مِنْهُ، وَتبطلُ الْحَوَالَةُ.

وَكَذَا: لَو تَصَادقا على عَدَمِ الدَّينِ ثمَّ هَلَكَ.. هَلَكَ بِالدَّينِ.

بخلاف الإبراء، كذا في «الهداية».

وهو على إطلاقه مختار بعض المشايخ، وفصله في «الكافي».

وقال ذكر شمس الأئمة السرخسي في «المبسوط»: إذا تصادقا على أن لا دين.. بقي ضمان الرهن إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن؛ لأن الدين كان واجباً ظاهراً حين هلك، ووجوب الدين ظاهراً يكفي لضمان الرهن، فكان مستوفياً.

وأما إذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم، ثم هلك، فيهلك أمانة؛ لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل، وضمان الرهن: لا يبقى بدون الدين، كذا في «الزيلعي».

وإلى ما ذكرنا أشار بقوله: (ولو قبض) المرتهن (دينه أو بعضه منه)؛ أي: من الراهن (أو من غيره)؛ أي: غير الراهن؛ أعني: المتبرع.

(أو شرى به)؛ أي: بالدين (عيناً أو صالح عنه)؛ أي: عن الدين (على شيء، أو احتال) المرتهن؛ أي: قبل الحوالة (به)؛ أي: بالدين (على آخر، ثم هلك) الرهن في هذه الصور (قبل رده) إلى راهنه.

(.. هلك بالدين، ويرد ما قبض إلى من قبض منه) من الراهن أو المتبرع.

(وتبطل الحوالة).

(وكذا: لو تصادقا على عدم الدين، ثم هلك [٧٢٠/ب].. هلك بالدين).

وقد ذكرنا وجهها.

وما ذكره من قوله: «وكذا إذا تصادقا على عدم الدين، ثم هلك.. هلك بالدين»: هو مختار «الهداية»، وفيه تفصيل ذكرناه.

* * *

(كتاب الجنايات)

(كتابُ الْجِنَايَاتِ)

الْقَتْلُ:

١ - إِمَّا عمدٌ، وَهُوَ: أَن يَقْصِدَ ضربَهُ بِمَا يُفَرِّقُ الْأَجْزَاءَ مِن سلَاحٍ أَو محدَّدٍ مِن حَجَرٍ، أَو خَشَبٍ، أَو لِيطَةٍ، أَو حرقَهُ بِنَارٍ.

(كِتَابُ الجِنَايَاتِ)

الجناية في اللغة: اسم لما يكتب من الشر، تسمية بالمصدر، من جنى عليه شراً، وهو عام، إلا أنه في الشرع: خص بفعل محرم شرعاً بالنفوس والأطراف، والأول يسمى: قتلاً، والثاني يسمى: قطعاً وجرحاً.

(القتل) وهو فعل صادر من العباد تزول به الحياة.

واعلم: أن القتل الذي تتعلق به الأحكام الشرعية من القصاص والكفارة والدية وحرمان الإرث: خمسة بدليل الاستقراء، على ما سيظهر في الكتاب.

١ - (إمَّا عمد، وهو: أن يقصد ضربه بما يفرق الأجزاء؛ من سلاح، أو محدد من حجر أو خشب أو ليطة) وهو قشر القصب أو الزجاج.

(أو حَرْقَه) بالنصب عطف على ضربه (بنار)، وهذا: لأن العمد من أفعال القلوب، ولا يوقف عليه إلا بدليل، وهو: استعمال الآلة القاتلة، فعلم تعمده عند استعماله ذلك.

هذا، ثم القصاص بالإحراق بالنار اتفاقي.

بخلاف ما لو ألقاه في النار، ثم أخرجه وبه رمق، فمكث أياماً ولم يزل صاحب فراش؛ فإنه إن مات عنه.. قتل الملقي.

وإن كان يجيء ويذهب، ثم مات.. لم يقتل. كذا في «قاضي خان».

قال في «الكفاية»: الحدة ليست بشرط إذا كانت الآلة من الحديد.

واستدل عليه بما ذكره في «المغني» بقوله: القتل العمد: أن يتعمد الإنسان قتل

وَعِنْدَهُمَا: بِمَا يقتلُ غَالِباً.

وموجَبُهُ: الْإِثْمُ وَالْقِصاصُ عَيناً، ....

من لا يحل قتله بالحديد؛ سواء كان سلاحاً نحو السيف والسكين، أو لم يكن سلاحاً نحو الإبرة.

وسواء كان له حدة تبضع، أو ليس له حدة ترض رضاً؛ كالعمود وصنجة الميزان.

وسواء كان الغالب منه الهلاك، أو لم يكن.

فهذا: يبين لك: أن العبرة في هذا الباب: للحديد لا الحدة، هذا كله على رواية «الأصل».

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة: أنه إذا قتله بصنجة حديد أو عمود لا حدة له.. فهو ليس بعمد محض، حتى لا يجب القصاص، بل هو خطأ عمد.

وفي كلام المصنف: إشارة إلى رواية «الأصل»؛ حيث شرط الحدة في نحو الحجر والخشب والليطة، مما لم يكن من حديد، ولم يشترط فيما يكون من الحديد.

(وعندهما): أن يقصد ضربه **(بما يقتل غالباً)**؛ كذا في «الكفاية».

حتى إذا ضربه بحجر عظيم، أو خشبة عظيمة فقتل به.. يكون [٧٢١/أ] عمداً عندهما؛ لأنهما مما يقتلان غالباً، والحد ليس بشرط عندهما.

(وموجبه)؛ أي: موجب القتل العمد: **(الإثم)**؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ﴾، ولإجماع الأمة.

(والقصاص)؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾، والمراد به: القتل العمد، ولأن القصاص نهاية الجزاء، فلا يشرع إلا بنهاية الجناية، ولا تتناهى إلا بالعمد؛ لأن الخطأ فيه شبهة، فلا يوجب العقوبة المتناهية.

(عيناً)؛ أي: ليس للولي الخيار بين القصاص وأخذ الدية على القصاص معين.

إِلَّا أَن يُعْفَى، وَلَا كَفَّارَة فِيهِ.

(**إلا أن يُعفى**)؛ أي: يعفو الولي، فيسقط القصاص بعفو الولي، فلا يجب شيء إن كان العفو بغير بدل.

وإن كان العفو ببدل.. يجب المشروط بالصلح لا بالقتل.

حتى لو قال الولي: أنا آخذ المال بدل القصاص، ولم يرض به القاتل.. ليس له أخذ المال؛ لعدم الصلح، ويسقط القصاص بالعفو.

وقال الشافعي: الواجب أحدهما لا بعينه، ويتعين باختيار الولي.

وروي عنه أيضاً: أن الواجب هو القصاص عيناً، لكن للولي حق العدول إلى المال من غير رضا القاتل.

(**ولا كفارة فيه**)؛ أي: في القتل العمد.

وقال الشافعي: تجب الكفارة فيه اعتباراً بالخطأ، بل أولى؛ لأنها شرعت لمحو الإثم، وهو في العمد أكثر، فكان أدعى على إنجائها.

قلنا: إن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة، فلا بد أن يكون سبباً دائراً بين العبادة والعقوبة، فلا بد أن يكون سببها دائراً بين الخطأ والإباحة؛ لتعلق الإباحة بالمباح، والعقوبة بالمحظور.

وقيل: العمد كبيرة محض، فلا تناط به؛ كسائر [الكبائر][1] مثل الزنا والسرقة والربا.

ولا يمكن إلحاقه بالخطأ؛ لأنه دونه في الإثم، فشرعه لدفع الأدنى: لا يدل على دفع الأعلى، ولأن في القتل العمد وعيداً محكماً، فلا يمكن أن يقال: يرتفع المأثم فيه بالكفارة، مع وجود التشديد في الوعيد بنص قاطع، ولأن الكفارة من المقدرات الشرعية، فلا يجوز إثباتها بالقياس أو بالدلالة.

---

(١) زيادة من «البحر الرائق» (٨/٣٣١).

٢- وَإِمَّا شبهُ عمدٍ، وَهُوَ: ضربُهُ قصداً بِغَيْرِ مَا ذُكِرَ.

ومُوجَبُهُ: الْإِثْمُ، وَالْكَفَّارَةُ، وَالدِّيَةُ الْمُغَلَّظَةُ على الْعَاقِلَةِ، ....

٢- (وإما شبه عمد) عطف على قوله: «إما عمد»، وهو الثاني من وجوه القتل.

(وهو: ضربه قصداً بغير ما ذكر) من الآلات في القتل العمد من سلاح أو محدد من حجر أو خشب أو ليطة أو إحراق بالنار.

والمراد بغير ما ذكر: ما لا حد له من الآلة؛ كالحجر والعصا، وكل شيء ليس له حد يفرق الأجزاء. هذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: إذا ضربه بحجر عظيم، أو بخشبة عظيمة.. فهو عمد [٧٢١/ب]، وشبه العمد: أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً؛ لأنه يتقاصر فيه معنى العمد؛ لأن استعمال ما لا يقتل به غالباً قد يقصد به غير القتل؛ كالتأديب، فكان شبه العمد.

بخلاف استعمال ما لا يلبث من الآلة؛ لأنه لا يقصد به إلا القتل، فيكون عمداً.

(وموجبه)؛ أي: موجب شبه العمد: (الإثم) لأنه ارتكب محرماً في دينه قاصداً له.

(والكفارة) على القاتل؛ لأنه خطأ من وجه نظراً إلى الآلة، فدخل تحت النص على الخطأ، وهو: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾... الآية.

(والدية المغلظة)، وهي: مائة من الإبل أرباعاً، على ما سيأتي بيانه في الديات.

(على العاقلة).

والأصل فيه: أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعده.. فهي على العاقلة؛ اعتباراً بالخطأ.

بخلاف ما تصالحوا فيه على الدية.

وبخلاف قتل الوالد ولده عمداً.

لا القَوَدُ.

وَهُوَ فِيمَا دونُ النَّفسِ: عمدٌ.

٣- وَإِمَّا خطأٌ، وَهُوَ:

فِي: الْقَصْدِ بِأَن يَرْمِيَ شخصاً ظَنَّهُ صَيداً أَو حَرْبِيّاً.. فَإِذا هُوَ ....

وبخلاف إقرار القاتل القتل خطأ وقد كان قتله عمداً؛ فإن في هذه الصور: يجب الدية على القاتل في ماله لا على العاقلة؛ إذ لم تجب بالقتل ابتداء، بل وجبت لمعنى يحدث بعد القتل - وهو الصلح - وكون [الوجوب على العاقلة لأنه خطأ من وجه، فيكون معذوراً، فيتحقق التخفيف لذلك، ولأنها تجب بنفس القتل، تجب على العاقلة كما في الخطأ.

وتجب في ثلاث سنين؛ لقضية عمر رضي الله عنه، وهو ما روي عنه أنه قضى][1] بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، والمروي عنه: كالمروي عن رسول الله ﷺ؛ لأنه مما لا يعرف بالرأي.

(لا القود)؛ لأن رسول الله ﷺ أوجب فيه الدية لا القصاص، ولأنه لما كان خطأ من وجه على ما عرفت، وعمداً من وجه.. كان ذلك شبهة في سقوط القصاص، فسقط.

(وهو)؛ أي: شبه العمد (فيما دون النفس)؛ أي: في الأطراف: (عمد)؛ أي: ليس شبه عمد، بل عمداً وخطأ؛ لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة؛ فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما جرى مجراه.

وأما ما دونها.. فإنه يقصد إتلافه بغيره؛ كما يقصد به.

ألا ترى: أن فقء العين كما يقصد بالسكين.. يقصد بالسوط والعصا الصغيرة أيضاً، كذا في «العناية»، فقصر المصنف على العمد: قاصر.

٣- (وإما خطأ)، وهو النوع الثالث من أنواع القتل، (وهو)؛ أي: الخطأ: (في القصد)؛ أي: قصد القاتل (بأن يرمي شخصاً ظنه صيداً أو حربياً.. فإذا) فجائية (هو)

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «المجمع» (٢/٦١٦).

آدَمِيٌّ مَعْصُومٌ.

أَو فِي: الْفِعْلِ بِأَن يَرْمِيَ غَرضاً فَيُصِيبَ آدَمِيّاً.

٤- وَإِمَّا مَا أُجْرِيَ مُجْرى الْخَطَأ؛ كنائمٍ انْقَلبَ على آخرَ فقتلَهُ.

وموجبهما: الْكَفَّارَةُ، وَالدِّيَةُ على الْعَاقِلَةِ.

٥- وَإِمَّا قتلٌ بِسَبَبٍ، وَهُوَ: نَحْوُ أَن يحْفرَ بِئْراً أَو يضعَ حجراً فِي غيرِ مِلْكِهِ بِلَا إِذنٍ فهلَكَ بِهِ إِنْسَانٌ.

أي المرمي إليه (آدمي معصوم) الدم.

(أو في الفعل)، عطف على: «في القصد»؛ يعني: أن الخطأ على نوعين:

نوع في القصد، ونوع في الفعل.

لأن الرمي إلى شيء مثلاً مشتمل على فعل القلب [٧٢٢/أ] وهو القصد، وفعل الجارحة وهو الرمي؛ فإذا اتصل الخطأ بالأول.. فهو النوع الأول، وإن اتصل بالثاني.. فهو النوع الثاني.

وفسر المصنف الأول بما ذكره.

والثاني بقوله: (بأن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً)؛ فإنه لم يقصد برميه آدمياً حتى يكون الخطأ في قصده.

٤- (وإما ما أجري مجرى الخطأ؛ كنائم انقلب على آخر فقتله).

(وموجبهما)؛ أي: موجب الخطأ وما يجري مجراه: (الكفارة) على القاتل؛ لما ذكرناه.

(والدية)؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ﴾... الآية.

(على العاقلة)؛ لما ذكرناه من قصة عمر.

٥- (وإما قتل بسبب) وهو النوع الخامس من أنواع القتل، (وهو: نحو أن يحفر بئراً، أو يضع حجراً في غير ملكه بلا إذن) مالكه، (فهلك به إنسان).

وموجَبُهُ: الدِّيَةُ على الْعَاقِلَةِ، لَا الْكَفَّارَةُ.

وَكلُّهَا تُوجِبُ حِرمَانَ الْإِرْثِ، إِلَّا هَذَا.

(**وموجبه: الدية على العاقلة**).

أما وجوب الدية: فلأنه سبب التلف، وهو متعد بالحفر والوضع، فجعل كالدافع الملقي فيه، فيجب فيه الدية؛ صيانة للأنفس.

وأما أنها على العاقلة: لأن القتل بهذا الطريق: دون القتل في الخطأ، فيكون معذوراً، فيجب على العاقلة؛ تخفيفاً عنه كما في الخطأ، بل أولى؛ لعدم القتل منه مباشرة.

(**لا الكفارة**)؛ لما ذكرناه من عدم القتل منه مباشرة.

(**وكلها**)؛ أي: كل أنواع القتل (**توجب حرمان الإرث**) للقاتل عن المقتول.

(**إلا هذا**)؛ أي: القتل بسبب.

وقال الشافعي: يحرم الميراث بالقتل بالسبب أيضاً؛ لأن الشارع جعله كمباشر القتل في إيجاب الضمان عليه، فيتوفر عليه سائر أحكامه.

ولنا: أنه ليس بمباشر للفعل حقيقة، وإنما ألحق بالمباشر في إيجاب الضمان على خلاف القياس؛ صيانة للدم عن الهدر، فبقي في حق الكفارة وحرمان الإرث على الأصل.

*   *   *

(بابُ مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ، وَمَا لَا يُوجِبهُ)

يجبُ الْقِصاصُ بقتلِ مَن هُوَ محقونُ الدَّمِ على التَّأْبِيدِ عَمْداً.

فَيُقْتَلُ الْحرُّ بِالْحرِّ وبِالعَبْدِ، وَالْمُسلمُ بالذِّميّ.

(باب ما)؛ أي: قتل (يوجب القصاص، وما لا يوجبه).

(يجب القصاص بقتل من هو محقون الدم على التأبيد)، وهو: المسلم والذمي.

احترز به عن: الحربي، والمرتد، والزاني المحصن، والحربي المستأمن، ومن سب النبي ﷺ؛ فإن دمهم ليس بمحقون على التأبيد، فقتلهم لا يوجب القصاص.

(عَمداً)؛ لقوله ﷺ: «العمد قود».

ولأن الجناية بالعمد تتكامل، فكان جزاؤها متكاملاً أيضاً، وهو القصاص؛ يعني: أن القصاص جزاء كامل، فيقتضي جناية كاملة وهو القتل بالعمد، فاشترط العمد فيه.

واحترز به عن [٧٢٢/ب] الخطأ؛ لأنه لا يوجب القصاص، بل يوجب الدية.

(فيقتل الحر بالحر، وبالعبد)؛ أما الحر بالحر.. فبالاتفاق؛ لقوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾.

وأما الحر بالعبد: فقد اختلفوا فيه:

فذهب أصحابنا: إلى قتل الحر بالعبد؛ بعموم قوله تعالى: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾. وبقوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم»، ولأنهم تساووا في العصمة، فيجب القصاص.

وقال الشافعي: لا يقتل الحر بالعبد؛ لعدم المساواة بينهما.

قلنا: القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدِّين أو بالدار، ويستويان فيهما.

(والمسلم بالذمي).

وَلَا يُقتلانِ بمستأمَنٍ، بلِ الْمُسْتَأْمنُ بِمثلِهِ، وَالذَّكَرُ بِالْأُنْثَى، والعَاقِلُ بالمجنونِ، والبالغُ بِغَيْرِهِ، وَالصَّحِيحُ بِغَيْرِهِ، وكامِلُ الْأَطْرَافِ بناقِصِها، وَالْفرعُ بِأَصْلِهِ.

خلافاً للشافعي؛ لقوله ﷺ: «لا يقتل مؤمن بكافر»، ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية، ولأن مبيح، فيورث الشبهة.

ولنا: ما روي أن النبي ﷺ قتل مسلماً بذمي، ولأن المساواة في العصمة ثابت نظراً إلى التكليف أو الدار، والمبيح: هو كفر المحارب دون المسالم، والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة.

والمراد بما رواه: الحربي؛ بدليل: سياقه.

(ولا يقتلان)؛ أي: الحر والذمي (بمستأمن)؛ لأنه غير محقون الدم على التأبيد.

وكذا: كفره باعث على الحراب؛ لأنه على قصد الرجوع إلى دار الحرب.

وعند أبي يوسف: أن الذمي يقتل بالمستأمن.

(بل) يقتل (المستأمن بمثله)؛ لوجود المساواة فيه. هذا قياس.

والاستحسان: أنه لا يقتل به؛ لقيام المبيح.

(والذكر بالأنثى، والعاقل بالمجنون)، بخلاف العكس؛ فإنه لا يقتل المجنون بالعاقل؛ كما في «قاضي خان».

(والبالغ بغيره)؛ أي: بالصبي.

(والصحيح بغيره)؛ أي: المريض كالبصير بالأعمى.

(وكامل الأطراف بناقصها)؛ للعمومات الواردة في القصاص، ولوجود المساواة بينهم في العصمة، وهي المعتبرة في القصاص.

ولو اعتبرت المساواة فيما وراء العصمة.. لانسدَّ باب القصاص.

(والفرع) وإن سفل (بأصله) وإن علا، فيقتل الولد بقتل أصله وإن علا من طرف

لَا الأَصْلُ بفرعِهِ، بل تجبُ الدِّيَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.
وَلَا السَّيِّدُ بِعَبْدِهِ أَو مدبَّرِهِ أَو مكَاتَبِهِ وَعبدِ وَلَدِهِ وَعبدُ بعضِهِ: لَهُ.
وَإِن وَرِثَ قِصاصاً على أَبِيهِ.. سقطَ.
وَلَا قِصاصَ على شريكِ الْأَبِ، ....

الأب أو الأم؛ لوجود المقتضي وعدم المانع.

(**لا الأصل بفرعه**) من طرف الأب أو الأم وإن علا؛ لوجود المانع، وهو قوله ﷺ: «لا يقتل الوالد لولده».

(**بل تجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين**) لا في الحال.

(**ولا السيد بعبده أو مدبره أو مكاتبه وعبد ولده**)؛ لقوله ﷺ: «لا يقتل السيد بعبده»، ولأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص.

(**وعبد بعضه له**)؛ أي: وكذا لا يقتل الرجل بعبد ملك بعضه؛ لأن القصاص لا يتجزأ؛ فإذا سقط في البعض [٧٢٣/أ].. سقط في الكل.

(**وإن ورث قصاصاً على أبيه.. سقط**)؛ لأن الابن لا يستوجب القصاص على أبيه.

وصورة المسألة: إذا قتل الأب أخا امرأته، ثم ماتت المرأة قبل أن يقتص منه؛ فإن ابنها منه يرث القصاص الذي لها على أبيه، فيسقط لما ذكرناه.

وكذا: إذا قتل امرأته.. فلابنها منه أن يقتص، ثم يسقط القصاص لما ذكرناه.

والأم والأجداد والجدات من أي جهة كانوا: كالأب.

وذلك: لما بينهما من الجزئية؛ كما في «الاختيار». (**ولا قصاص على شريك الأب**) في قتل ولده.

صورة [المسألة]: أجنبي شارك الأب في قتل ولده؛ يعني: قتلاه معاً.. لا يجب القصاص على الشريك الأجنبي؛ لأنه لا يجب على الأب، فكذا على شريكه؛ لعدم تجزيء القصاص.

أَوِ الْمولى، أَوِ المُخْطِئِ، أَوِ الصَّبِيّ، أَوِ الْمَجْنُونِ، وكلِّ مَن لَا يَجِبُ الْقِصاصُ بِقَتْلِهِ.

وَإِن قتلَ عبدَ الرَّهْنِ.. لَا يَقْتَصّ حَتَّى يَحضُرَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ.

(**أو المولى**)، أي: شريك المولى في قتل عبده؛ لأنه لا يجب على المولى بقتل عبده، فكذا على شريكه فيه؛ بأن قتلاه معاً.

(**أو المخطئ**) أي: اشترك العامد مع المخطئ في قتل رجل، فقتلاه.. لا يجب القصاص على الشريك المخطئ؛ لعدم وجوبه على المخطئ، فكذا على شريكه.

(**أو**) شريك (**الصبي**)؛ أي: لا يجب القصاص على شريك الصبي في القتل؛ بأن قتلا معاً رجلاً.

(**أو**) شريك (**المجنون**)؛ أي: اشترك العاقل مع المجنون في القتل.. لا يجب القصاص على العاقل؛ لعدم وجوبه على المجنون.

(**وكل من لا يجب القصاص بقتله**)؛ أي: لا يجب القصاص على شريك كل من لا يجب القصاص بقتله كالمذكورين وغيرهم.

(**وإن قتل عبد الرهن.. لا يقتص**) القاتل (**حتى يحضر الراهن والمرتهن**)؛ لأن المرتهن لا يليه؛ لعدم الملك له، والراهن لا يليه؛ لما فيه من إبطال حق المرتهن في الدين؛ لأنه لو قتل القاتل.. لبطل حق المرتهن في الدين وهلك الرهن بلا بدل، وليس للراهن أن يتصرف تصرفاً يؤدي إلى إبطال حق الغير.

وذكر في «العيون» و«الجامع» لفخر الإسلام: أنه لا يثبت لهما القصاص إن اجتمعا، فجعلا كالمكاتب الذي ترك وفاء ووارثاً.

ولكن الفرق بينهما ظاهر؛ فإن المرتهن لا يستحق القصاص؛ لعدم ملكه، ولا ولاء له، فلم يشتبه من له الحق، بخلاف المكاتب على ما سنبينه.

وإن قُتِل العبدُ المبيع قبل القبض.. فالقصاص للمشتري إن أجاز البيع؛ لأنه المالك.

وَإِن قتلَ مكَاتبٌ عَن وَفَاءٍ وَلهُ وَارِثٌ مَعَ سَيِّدِهِ.. فَلَا قصاصَ.

وَإِن لم يَكُنْ وَفَاءٌ.. يَقْتَصُّ سَيِّدُهُ.

وَكَذَا: إِن كَانَ وَفَاءٌ وَلَا وَارِثَ غيرُ سَيِّدِهِ؛ خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وإن نقض.. فللبائع؛ لأن البيع ارتفع، وظهر أنه المالك، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال [٧٢٣/ب] أبو يوسف: هو كذلك إن أجاز البيع؛ لما بيناه.

وإن فسخ.. فلا قصاص للبائع؛ لعدم ملكه عند الجناية، فلم ينعقد موجباً له، ووجبت له القيمة.

وعند محمد: تجب له القيمة في الوجهين؛ لاشتباه المستحق. كذا في «الزيلعي».

(وإن قتل مكاتب عن وفاء)؛ بأن ترك مالاً يفي ببدل الكتابة، (وله وارث مع سيده.. فلا قصاص) بالاتفاق؛ لاشتباه من له القصاص؛ لأنه إن مات حراً.. فالقصاص للوارث، وإن مات عبداً.. فالقصاص للمولى.

وقد اختلف الصحابة في موته حراً أو عبداً.

(وإن لم يكن وفاء.. يقتص سيده)؛ يعني: القصاص لسيده، سواء كان له وارث أو لم يكن؛ لأنه مات رقيقاً؛ لعدم تركه وفاء، فتعين الحق لسيده.

(وكذا)؛ أي: يكون القصاص للسيد أيضاً (إن كان وفاء ولا وارث غير سيده) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(خلافاً لمحمد)، قال: لا يجب القصاص؛ لأن سبب استحقاق القصاص ههنا قد اختلف، سواء مات حراً أو عبداً؛ لأنه:

الولاء إن مات حراً.

والملك إن مات عبداً.

فاشتبه الحال.. فلا يستحق؛ لأن اختلاف السبب كاختلاف المستحق، فيسقط

وَلَا قصاصَ إلّا بِالسَّيْفِ.

أصلاً، فصار كما لو قال: بعتني هذه الجارية بكذا، وقال المولى: زوجتها منك.. لا يحل له وطؤها؛ لاختلاف السبب.

ولهما: أن المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين، وهو معلوم، والحكم أيضاً متحد معلوم.. فلا يفضي اختلاف السبب إلى المنازعة، ولا إلى اختلاف حكم، فلا يضر مجرد اختلاف السبب؛ لأن السبب لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه، وقد حصل.

بخلاف المستشهد به؛ لاختلاف حكم السببين فيه، فلا يدرى بأيهما يحكم.

(ولا قصاص إلا بالسيف).

وقال الشافعي: يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً؛ كما إذا قطع يد إنسان عمداً فمات منه.. تقطع يد القاتل، ويمهل مثل تلك المدة؛ فإن مات.. فبها.

وإلا.. فتحزُّ رقبته.

وإن حصل القتل بطريق غير مشروع؛ بأن سقاه خمراً حتى قتله، أو وطئ صغيرة، أو لاط بصبي فمات من ذلك.. اختلف أصحاب الشافعي فيه:

فقال بعضهم: تحزُّ رقبته، ولا يفعل به مثل ما فعل؛ لأنه غير مشروع.

بخلاف القتل بالحجر والسيف؛ فإنه مشروع.

ألا ترى: أن الرجم مشروع - وهو بالحجر - كذا قتل الحربي مشروع، وهو بالسيف ونحوه.

وقال بعضهم: يتخذ له مثل آلته من الخشب في اللواطة [٧٢٤/أ]، ويفعل به مثل ما فعل.

ويوجر في حلقه في سقي الخمر، ويمهل قدر تلك المدة؛ فإن مات.. فبها، وإلا.. تحز رقبته؛ لأنه أمكن المماثلة بهذا الطريق.

ولنا: ما رواه الثوري مرفوعاً أنه ﷺ قال: «لا قود إلا بالسيف».

وَلِأَبِي الْمَعْتُوهِ أَن يَقْتَصَّ مِن قَاطِعِ يَدِهِ.

وَقَاتِلِ قَرِيبِهِ، وَأَن يُصَالِحَ، لَا أَن يَعْفُوَ.

وَالصَّبِيُّ: كالمعتوهِ، ....

والمراد به: الاستيفاء به، لا وجوب القصاص بالقتل بالسيف؛ لأنه يجب بالقتل بغير السيف أيضاً؛ كالنار إجماعاً.

فدل ذلك: على أن الاستيفاء لا يجوز بغيره، ولأنه قتل واجب، فيستوفى بالسيف؛ كقتل المرتد.

وهذا: لأن القتل المستحق لا يستوفى إلا بما لا يتخلف عنه الموت، وهو القتل بالسيف.

(**ولأبي المعتوه أن يقتص من قاطع يده وقاتل قريبه**)؛ يعني: إذا قطع رجل يد المعتوه عمداً أو قتل قريبه كولده.. فأب المعتوه: يقتص من جانب المعتوه من القاطع والقاتل؛ لأن لأبيه ولاية على نفس المعتوه، فيليهما كالإنكاح.

بخلاف الأخ وأمثاله؛ حيث لا يكون لهم ولاية استيفاء القصاص الذي وجب للمعتوه؛ لأن الأب لوفور شفقته جعل التشفي الحاصل له: كالحاصل للابن، ولهذا يعد ضرر ولده ضرراً على نفسه.

بخلاف الأخ والعم.

(**وأن يصالح**)؛ لأنه أنفع للمعتوه من القصاص؛ فلما ملك القصاص.. فلأن يملك الصلح بطريق الأولى.

لكن هذا: إذا صالح على قدر الدية أو أكثر منها.

وإن صالح على أقل منه.. لا يصح، وتجب الدية كاملة؛ كذا في «الزيلعي».

(**لا أن يعفو**)؛ أي: ليس لأب المعتوه أن يعفو من القصاص؛ لأنه إبطال لحق المعتوه بلا عوض، ولا مصلحة.. فلا يجوز.

(**والصبي: كالمعتوه**) فيما ذكر؛ من أن لأبيه القصاص والصلح بمقدار الدية،

وَالْقَاضِي: كَالْأَبِ، هُوَ الصَّحِيح.

وَكَذَا الْوَصِيُّ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْتَصُّ فِي النَّفسِ.

لا الأقل منها، ولا العفو.

(**والقاضي: كالأب**) في الأحكام المذكورة.

ألا ترى: أن من قتل، ولا ولي له.. يستوفيه السلطان. والقاضي بمنزلته.

(**هو الصحيح**)، كذا في «الزيلعي».

احترز به عما روي عن محمد في بعض الروايات: أن القاضي لا يستوفي القصاص للصغير، لا في النفس ولا فيما دونها، ولا أن يصالح، كذا في «قاضي خان».

وقال في «الحاوي القدسي»: ومن قتل مسلماً لا ولي له، أو حربياً دخل دارنا فأسلم:

إن كان القتل خطأ.. فالدية على عاقلة الإمام، وعليه الكفارة.

وإن كان عمداً:

فإن شاء الإمام.. قتله.

وإن شاء.. أخذ الدية، وليس له أن يعفو.

(**وكذا الوصي**)؛ أي: مثل الأب في جواز الصلح عن النفس [٧٢٤/ب] وعن الطرف، وفي استيفاء القصاص في الطرف، على ما يدل عليه قوله: (**إلا أنه لا يقتص في النفس**)؛ فإن تخصيص الاستثناء بالاقتصاص في النفس: دليل على ما ذكرناه من جواز الصلح عن النفس، وعن الطرف.

وهكذا ذكره في «الزيلعي» أيضاً، ثم ذكر نقلاً عن كتاب الصلح: أن الوصي لا يملك الصلح في النفس؛ لأن الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء.

والمذكور في «الجامع الصغير»: أن له ذلك؛ لأن المقصود من الصلح المال، والوصي يتولى التصرف فيه؛ كما يتولى الأب.

وَمَن قُتِلَ وَلهُ أَوْلِيَاءُ كبارٌ وصِغارٌ.. فللكبارِ الاقتصاصُ مِن قَاتلِهِ قَبلَ كِبَرِ الصِّغارِ.

خلافاً لَهما.

بخلاف القصاص؛ لأن المقصود الحقيقي منه: التشفي، وهو مختص بالأب.

وهل للوصي العفو؟

قالوا: لا؛ لأن الأب إذا لم يملك العفو لما فيه من إبطال الحق.. فالوصي أولى منه بعدمه.

(ومن قُتِلَ) على صيغة المجهول (وله أولياء).

في إطلاقه: إشارة إلى أن القصاص يورث لكل وارث، حتى الزوجين كما هو عندنا.

وفي الزوجين: خلاف الشافعي على ما سنبينه.

(كبار وصغار.. فللكبار الاقتصاص من قاتله قبل كبر الصغار) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، وكذا: الشافعي، قالوا: ليس للكبار الاقتصاص من القاتل حتى يبلغ الصغار؛ لأنه مشترك بينهم؛ لأن الكبار لا ولاية لهم على الصغار حتى يستوفوا حقهم، ولا يمكن استيفاء:

البعض؛ لعدم قبول القصاص التجزيء.

ولا الكل؛ لعدم الولاية عليهم، وفيه إبطال حقهم بغير عوض يحصل لهم، فتعين التأخير إلى إدراكهم كما إذا كان معهم كبير غائب؛ فإنه يتأخر إلى حضور الغائب.

ولأبي حنيفة: أن قاتل علي رضي الله عنه اقتص وقد كان في أولاد عليّ صغار، فلم ينتظر بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم، فحل محل الإجماع.

وَلَو غَابَ أحدُ الْكِبَارِ.. ينْتَظرُ إِجْمَاعًا.

وَمَن قُتِلَ بحديدةِ المَرِّ.. ....

ثم هذا إذا لم يكن الكبير أجنبياً من الصغير، وإن كان أجنبياً منه.. فلا يملك الكبير الاقتصاص قبل بلوغ الصغير بالإجماع، كما في «الزيلعي».

وذلك بأن قتل عبد مشترك بين أجنبيين صغير وكبير.. فإنه ليس للكبير الاقتصاص قبل بلوغ المولى الصغير، كما في «القهستاني».

وفي «الزيلعي» و«القهستاني» أيضاً: أن الكبير إن كان أباً أو جداً.. يقتص قبل بلوغ الصغير بالإجماع، وإن كان الكبير ولياً للصغير بالقرابة فقط، لا بالتصرف في ماله كالأخ والعم.. فعلى [٧٢٥/أ] الخلاف بينه وبين صاحبيه.

فعلم منه: أن محل الخلاف غير الأب والجد.

(ولو غاب أحد الكبار)؛ أي: لو كان أولياء القتيل كباراً وغاب أحدهم (.. ينتظر) الغائب (إجماعاً)؛ يعني: ليس للحاضر أن يقتص حتى يحضر الغائب؛ لاحتمال العفو من الغائب؛ لكونه أهلاً للعفو.

بخلاف الصغير؛ فإن احتمال العفو منه غير محتمل؛ لعدم أهليته له في الحال، وشبهة عفوهم بعد البلوغ لا تمنع الاستيفاء؛ لأن حق الكبير ثابت الآن بيقين.. فلا يبطل بالشبهة.

وليس لأولياء القتيل، ولا لأحدهم: أن يوكل لاستيفاء القصاص، كذا في «قاضي خان».

ومن قتل عبد رجل.. فولاية استيفاء القصاص إلى المولى.

ولو كان العبد لرجلين أو ثلاثة.. فولاية الاستيفاء لهم جميعاً، لا ينفرد أحدهم.

فإن عفا أحدهم.. ينقلب حق الأولياء إلى القيمة؛ كما ينقلب في حق الحر إلى الدية.

(ومن قتل بحديدة المَرِّ) بفتح الميم وتشديد الراء، وهو: خشبة طويلة في رأسها

اقْتُصَّ مِنْهُ إن جرحَهُ، وَإِن بظهرِهِ أَو عَصَاهُ.. فَلَا، وَعَلِيهِ الدِّيَةُ.

وَعِنْدَهُمَا: يُقْتَصُّ.

وَكَذَا الْخلاف فِي كلِّ مثقَّلٍ، وَفِي التَّغريقِ والخَنقِ.

حديدة عريضة، من فوقها خشبة عريضة، يضع الرجل رجله عليها، ويحفر بها الأرض، وبالفارسية يسمى: بيل.

(.. **اقتص منه إن جرحه**) بلا خلاف.

(**وإن بظهره أو عصاه.. فلا**) يقتص، (**وعليه**)؛ أي: على القاتل بظهره أو عصاه: (**الدية**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يقتص**)، وهو رواية عن أبي حنيفة أيضاً.

وهذا: لأن الحديد من آلة القتل، فيقتص.

(**وكذا الخلاف في كل مثقل**).

ذكر في «الأصل»: إذا ضربه بحديد لا حد له كصنجة الميزان والعمود.. يجب القصاص وإن لم يجرح.

وروى الطحاوي عن أبي حنيفة: لا يجب القصاص إذا لم يجرح؛ كما لو ضربه بعصا كبير، أو بحجر مدوّر ولم يجرح.. فإنه لم يجب القصاص في قول أبي حنيفة؛ كذا في «قاضي خان».

(**وفي التغريق**) في الماء (**والخنق**) عند أبي حنيفة: لا يقتص بهما.

وعندهما: يقتص.

قال في «قاضي خان»: ولو ألقاه في الماء فغرق من ساعته.. لا قصاص فيه في قول أبي حنيفة.

وقالا: يجب القصاص إذا كان لا يتخلص منه غالباً.

وكذا: لو ألقاه من جبل أو سطح.. فهو على هذا الخلاف.

وَإِن تكَرَرَ مِنْهُ.. قُتِلَ بِهِ إِجْمَاعاً.

وَلَا قصاصَ فِي الْقَتْلِ بمُوالاةِ ضربِ السَّوْطِ،..............................

وفي «المجرد»: لو قمط رجلاً وألقاه في البحر وغرق كما ألقاه.. تجب الدية في قول أبي حنيفة.

ولو سبح ساعة، ثم غرق.. لا يجب فيه شيء؛ لأنه غرق بعجزه، وفي الأول: غرق بطرحه في الماء.

ولو خنق رجلاً.. لا يقتل، إلا إذا كان الرجل خناقاً معروفاً [٧٢٥/ب] خنق غير واحد.. فيقتل سياسة.

ولو سقاه سمّاً حتى مات.. فهو على وجهين:

إن دفع إليه السم حتى أكل ولم يعلم به فمات.. لا قصاص فيه، ولا دية، ويحبس ويعزر.

ولو أوجره إيجاراً.. تجب الدية على من قتله.

وإن دفع إليه في شربه فشربه ومات.. لا تجب الدية؛ لأنه شرب باختياره، إلا أن الدافع خدعه، فلا يجب فيه إلا التعزير والاستغفار.

(**وإن تكرر منه**) التغريق والخنق (**.. قتل به إجماعاً**)؛ أي: سياسة لا قصاصاً؛ كذا في «قاضي خان».

(**ولا قصاص في القتل بموالاة ضرب السوط**).

إذا والى الضربات بالسوط الصغير والعصا الصغيرة.. لا يجب به القصاص عندنا.

وقال الشافعي: يجب القصاص إذا والى الضربات؛ لأن الموالاة في الضربات إلى أن يموت: دليل العمد به، فيتحقق الموجب.

وَمن جُرِحَ فَلم يَزَلْ ذَا فراشٍ حَتَّى مَاتَ.. اقْتُصَّ مِن جارِحِهِ.

ولنا: أنه لا يصلح دلالة القصد إلى القتل؛ لأنه قد يشرع حداً وتعزيراً في مواضع لا يكون القتل فيها مشروعاً؛ فلو كان ذلك دلالة القصد.. لم يشرع في موضع لا يكون القتل مشروعاً.

ولأن احتمال القتل بالضربة الأولى والثانية قائم؛ لأنه من الجائز أن يصاب إلى المقتل، فأفضى إلى فوات الحياة.. فلا يدل على صفة العمدية؛ لأن الضربة والضربتين قد يراد بهما التأديب لا القتل.

ويحتمل: أن القتل حصل بالموالاة بكل الضربات، فيكون القتل بصفة العمدية، فتمكن هذا الاحتمال يوجب تمكن الخلل في العمدية.. فلا يجب القصاص للشبهة.

ولنا أيضاً: ما روي: «ألا إن قتيل خطأ العمد: قتيل السوط والعصا»؛ فإنه لم يفصل بين الموالاة وغيرها، ولأن الغالب: هو القتل بالموالاة، فيحمل الحديث عليه.

(ومن جُرِح) بصيغة المجهول (فلم يزل ذا فراش حتى مات.. اقتص من جارحه)؛ لوجود السبب وهو الجرح؛ لأنه سبب ظاهر لموته، فيحال الموت عليه.

حتى لو اختلف ولي القتيل مع الجارح، فقال الجارح: إنه مات بسبب آخر، وقال الولي: إنه مات من تلك الجراحة.. يكون القول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل، وهو: إضافة الحكم إلى العلة الظاهرة الحاصلة لإضافته إليها.

قال في «قاضي خان»: رجل قال: ضربت فلاناً بالسيف عمداً، ولا أدري أنه مات منها، ولكنه مات، فقال ولي القتيل: بل مات من ضربك [٧٢٦/أ].. فإنه لا يقتل به.

وإن قال القاتل: مات منها ومن حية نهشته، أو من رجل آخر ضربه بالعصا، فقال الولي: بل مات من ضربك.. كان القول قول الضارب، وعليه نصف الدية.

وَإِذا التقى الصَّفَّانِ مِنَ الْمُسلمينِ وَأَهلِ الْحَرْبِ، فَقَتَلَ مُسلمٌ مُسلماً ظَنَّهُ حَرْبِيّاً.. فَعَلَيهِ الدِّيَةُ وَالْكَفَّارَةُ، لَا الْقصاصُ.

وَمَن مَاتَ بِفعلِ نَفسِهِ وَزيدٍ وحيَّةٍ وَأَسَدٍ.. فعلى زيدٍ: ثُلُثُ دِيَتِهِ.

رجل ضرب سن إنسان فتحرك، فأجله القاضي سنة، فجاء في السنة وقد سقط سنه، فقال المضروب: سقط من ضربك، وقال الضارب: من ضرب رجل آخر.. كان القول قول المضروب.

وإن جاء بعد السنة.. كان القول قول الضارب.

(وإذا التقى الصفان من المسلمين وأهل الحرب، فقتل مسلم مسلماً ظنه حربياً.. فعليه الدية والكفارة، لا القصاص).

أما الدية: فلقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾... الآية؛ فإن هذا أحد نوعي الخطأ على ما تقدم، ولأن سيوف المسلمين توالت في غزوة الخندق في بعض الليالي على اليمان، أبي حذيفة، فقتلوه على ظن أنه مشرك، فقضى رسول الله ﷺ بالدية على القاتلين، فوهبها لهم حذيفة.

وأما الكفارة: فلما تقدم أيضاً: من أن موجب الخطأ بنوعيه: الدية والكفارة، لا القصاص.

قالوا: إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين؛ فإن كان المقتول في صف المشركين.. لا تجب الدية؛ لسقوط عصمته بتكثير سوادهم، قال ﷺ: «من كثر سواد قوم.. فهو منهم».

(ومن مات بفعل نفسه و) بفعل (زيد وحية وأسد.. فعلى زيد ثلث ديته).

لأن فعل الأسد والحية: جنس واحد؛ لكونه هدراً مطلقاً.

وفعله بنفسه: جنس آخر؛ لكونه هدراً في الدنيا معتبراً في الآخرة حتى يأثم به.

وفعل زيد: جنس آخر؛ لكونه معتبراً في الدنيا والآخرة.

وَمَن شَهَرَ على الْمُسلمينَ سَيْفاً.. وَجبَ قَتلُهُ، ولا شيءَ عليهِ بقتِلهِ.

وَلَا شَيْءَ فِي قتلِ مَن شَهَرَ على آخرَ سِلَاحاً؛ لَيْلاً أَو نَهَاراً، فِي مصرٍ أَو غَيرِهِ.

أَو شَهَرَ عَلَيْهِ عَصاً لَيْلاً فِي مصرٍ، أَو نَهَاراً فِي غَيرِهِ فَقتلَهُ الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ.

وَلَا على مَن قَتَلَ مَن سَرَقَ مَتَاعَهُ لَيْلاً وَأَخرَجَهُ ....

فصارت ثلاثة أجناس، ولم يعتبر إلا جنس واحد، وهو فعل زيد، فيجب عليه ثلث الدية.

فإن كان عمداً.. ففي ماله، وإن كان خطأ.. فعلى عاقلته في ثلاث سنين.

(**ومن شَهَرَ**)، قال في «المصباح»: شَهَرَ الرجل سيفه شهراً من باب نَفَع: سلَّه. وشهَّرته بالتشديد: مبالغة.

(**على المسلمين**) حقيقة أو حكماً، فيشمل: الذمي أيضاً (**سيفاً.. وجب قتله**)؛ أي: وجب دفع ضرره. كذا في «الهداية».

(**ولا شيء عليه بقتله**)، وإنما ذكر هذا بعد قوله: «وجب قتله»؛ لجواز أن يجب قتله لدفع الشر ويجب بقتله شيء؛ كما في الجمل الصائل والمجنون والصبي، كما سيأتي.

والأصل في هذا: قوله ﷺ: «من شهر على المسلمين سيفاً [٧٢٦/ب].. فقد أطلَّ دمه»؛ أي: أهدره.

(**ولا في قتل من شهر على آخر سلاحاً**) سيفاً أو غيره (**ليلاً أو نهاراً، في مصر أو غيره**)؛ أي: خارج المصر، (**أو شهر عليه**) أي على الرجل (**عصاً ليلاً في مصر أو نهاراً في غيره فقتله**)؛ أي: الشاهرَ (**المشهورُ عليه**)؛ أي: لا شيء عليه من القصاص والدية؛ لما روينا.

ولأنه صار باغياً عليه، فأهدر دمه ببغيه.

(**ولا على من قتل من سرق متاعه ليلاً وأخرجه**)؛ أي: لا شيء عليه بقتله.

إِن لم يُمكنْهُ الِاسْتِرْدَادُ بِدُونِ الْقَتْلِ.

وَيجبُ الْقصاصُ على قَاتلِ مَن شَهَرَ عَصاً نَهَاراً فِي مصرٍ، أَو شَهَرَ سَيْفاً وَضربَ بِهِ وَلم يَقتُلْ وَرجَعَ.

(إن لم يمكنه الاسترداد بدون القتل)؛ لقوله ﷺ: «قاتل دون مالك».

بخلاف ما إذا أمكنه الاسترداد بدون القتل بالصياح مثلاً.. فإنه حينئذ: لا يحل له قتله، ولو قتله.. فعليه القصاص، على ما في «شرح المجمع».

وقال في «قاضي خان»: رجل رأى رجلاً يزني بامرأته وهو محصن، فصاح به ولم يهرب ولم يمتنع عن الزنا.. جاز له قتله، ولا قصاص عليه.

وكذلك إذا رأى رجلاً يسرق ماله فصاح به ولم يهرب، أو رأى رجلاً ينقب حائطه أو حائط غيره وهو معروف بالسرقة، فصاح به ولم يهرب.. حلّ له قتله، ولا قصاص عليه.

(ويجب القصاص على قاتل من شهر عصاً نهاراً في مصر، أو شهر سيفاً وضرب به ولم يقتل، ورجع) الشاهر والضارب.

وهذا: لأنه لما شهر.. حلّ دمه؛ دفعاً لشره، ولما ضربه ولم يقتل وكف عنه.. اندفع شره وعادت عصمته؛ فإذا قتله.. فقد قتل شخصاً معصوماً من غير دفع، فيلزم القصاص على قاتله.

وأما في المسألة الأولى: فلأن العصا يلبث، والغوث غير منقطع في المصر: فكان المشهور عليه بالقتل متعدياً، فيقتل.

قيل: هذا عند أبي حنيفة؛ لأنه عنده كالسلاح.

وأما عندهما: لا قصاص عليه؛ لأنه قتله دفعاً لشره، مضطراً إليه، فصار كما لو قصد قتله بالسيف نهاراً أو بالعصا ليلاً، أو في المفازة ليلاً أو نهاراً.

وَلَو شَهَرَ مَجْنُونٌ أَو صبيٌّ على آخر سَيْفاً فَقتلَهُ الآخرُ عمداً.. فَعَلَيهِ الدِّيةُ فِي مَالِهِ.

وَلَو قَتَلَ جملاً صائلاً عَلَيْهِ.. ضَمِنَ قِيمَتَهُ.

(ولو شهر مجنون أو صبي على آخر سيفاً فقتله الآخر عمداً.. فعليه الدية)؛ لأن فعل المجنون والصبي غير متصف بالحرمة، فلم يقع بغياً، فلا تسقط العصمة به؛ لعدم الاختيار الصحيح منهما، ولهذا لا يجب القصاص عليهما بقتلهما إنساناً.

فإذا لم تسقط عصمتهما.. كانت عصمتهما أن يجب القصاص على قاتلهما؛ لأنه قتل نفساً معصوماً، إلا أنه سقط القصاص؛ لوجود المبيح وهو دفع شرهما، فتجب الدية.

(في ماله)؛ أي: لا على العاقلة؛ لأنه [٧٢٧/أ] ليس بخطأ.

وعن أبي يوسف: لا تجب الدية في قتلهما؛ لأن فعلهما معتبر في الجملة، ولهذا: إذا أتلفا مالاً أو نفساً.. وجب عليهما الضمان؛ فإذا اعتبر فعلهما.. فقد سقط عصمتهما بالشهر.

(ولو قتل جملاً صائلاً عليه)؛ أي: هجم (.. ضمن قيمته)؛ لأن فعل الجمل غير متصف بالحرمة، فلم يقع بغياً، فلا تسقط عصمته به؛ لعدم الاختيار الصحيح، فيضمن قاتله قيمته.

وفيه خلاف الشافعي؛ حيث قال: لا ضمان فيه، ولا دية في المجنون والصبي.

* * *

(بَابُ القِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفسِ)

هُوَ فِيمَا يُمكنُ فِيهِ حفظُ الْمُمَاثلَةِ.

إِذا كَانَ عَمداً.. فيقتصُّ بِقطعِ الْيَدِ مِنَ الْمِفصَلِ وَإِن كَانَت أكبرَ مِن يَدِ الْمَقْطُوعِ.

وَكَذَا: الرِّجْلُ.

وَفِي مارِنِ الْأَنفِ، ....

(بَابُ القِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ)

(هو)؛ أي: وجوب القصاص فيما دون النفس (فيما يمكن فيه حفظ المماثلة)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾؛ أي: ذو قصاص، ولقوله تعالى: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾؛ فإنه ينبئ عن المماثلة.

فكل ما أمكن فيه المماثلة.. يجب القصاص فيه، وإلا.. فلا.

(إذا كان) الجرح (عمداً)؛ إذ لا قصاص في الخطأ مطلقاً.

(فيقتص) شروع في بيان ما يقتص مما يمكن فيه حفظ المماثلة.

(بقطع اليد من المفصل) لإمكان المماثلة فيه، حتى إذا قطع من نصف الساعد.. لم يقتص؛ لامتناع حفظ المماثلة فيه (وإن) وصلية (كانت) يد القاطع (أكبر من يد المقطوع)؛ لأن منفعة اليد - وهو البطش - لا تختلف بكبرها وصغرها.

(وكذا الرِّجل)؛ فإنها إذا قطعت من المفصل.. يقتص بقطع رجل القاطع من المفصل أيضاً؛ لإمكان المماثلة فيه.

حتى لو قطع من نصف الساق.. لم يقتص؛ لامتناع المماثلة فيه.

وكبر الرجل وصغرها غير معتبر أيضاً.

(وفي مارن الأنف)؛ فإنه إذا قطع.. يقتص بقطع مارن القاطع أيضاً؛ لإمكان المماثلة فيه.

وَفِي الْأُذُنِ، وَفِي الْعَينِ إِن ذهبَ ضوؤُها وهي قَائِمَةٌ، لَا إِن قُلِعَتْ، فَيجْعَلَ على الْوَجْهِ قُطْنٌ رَطْبٌ، وتقابلُ الْعَينُ بِمِرْآةٍ محمَّاةٍ حَتَّى يذهبَ ضوؤُها.

وَفِي كلِّ شجَّةٍ تراعى فِيهَا الْمُمَاثلَةُ؛ كالموضِحَةِ.

وَلَا قصاصَ فِي عظمٍ سوى السِّنّ، ....

حتى لو قطع من قصبة الأنف.. لم يقتص؛ لامتناع حفظ المماثلة فيه.

(**وفي الأذن**)؛ فإنه إذا قطع عمداً.. يقتص؛ لإمكان المماثلة.

(**وفي العين إن ذهب ضوؤها، وهي**)؛ أي: العين (**قائمة**)؛ فإنها إذا ذهب ضوؤها قصداً.. يقتص؛ لإمكان المماثلة فيه.

(**لا**) يقتص (**إن قلعت**) العين؛ لامتناع حفظ المماثلة فيه.

ثم بيَّن طريق القصاص في ذهاب ضوئها بقوله: (**فيجعل على الوجه قطن رطب**)؛ أي: على وجه الضارب، (**وتقابل العين**)؛ أي: عين الضارب (**بمرآة محماة حتى يذهب ضوؤها**)؛ فإن ضوءها أيضاً يزول.

وقد وقعت هذه الحادثة في زمن عثمان، فشاور الصحابة، فقضى علي رضي الله عنه بهذه الطريقة، ولم ينكر أحد من الصحابة.. فكان إجماعاً.

وطريق معرفة ذهاب الضوء من الضارب والمضروب: المشاهدة [٧٢٧/ب] وأقوال الأطباء.

(**وفي كل شجة تراعى فيها المماثلة**) في القدر.

(**كالموضحة**)، وهي: التي توضح العظم، وفي عمدها: قصاص على ما سيأتي.

(**ولا قصاص في عظم سوى السن**)؛ لقول عمر وابن مسعود: لا قصاص في عظم إلا السن، ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة، وقد تعذر اعتبارها في غير السن.

بخلاف السن؛ فإن اعتبار المماثلة فيه ممكن؛ سواء قلع أو كسر.

فيُقلَعُ إِن قَلَعَ.

ويُبَردُ إِن كَسَرَ.

وَلَا بَينَ طرفَي ذَكَرٍ وَأُنْثَى، وحرٍّ وَعبدٍ، أَو طرفَي عَبْدَيْنِ.

فأشار إلى تفسير المماثلة بقوله: (**فيقلع**) سن الضارب (**إن قلع**) سن المضروب.

وفي «الكفاية»: يؤخذ الثنية بالثنية، والناب بالناب، والضرس بالضرس، والأعلى بالأعلى، والأسفل بالأسفل؛ لما في خلاف ذلك من الإخلال بالمماثلة.

(**ويبرد**) سن الضارب بالمبرد ما كسر من سن المضروب؛ (**إن كسر**) من سن المضروب.

قال في «النهاية» و«الكفاية»: إن قلع سن المضروب لا يقلع سن الضارب قصاصاً؛ لتعذر اعتبار المماثلة أيضاً.

(**ولا بين طرفي ذكر وأنثى**)، (و) طرفي (**حر وعبد أو طرفي عبدين**)؛ لأن مبنى القصاص على المساواة كما عرفت، ولا مساواة بين طرفي الرجل والمرأة؛ لأن يد المرأة تصلح لنوع من المنافع لا تصلح له يد الرجل، فصارت كاليمين واليسار.

وكذلك لا يجري القصاص بين طرفي الحر والعبد؛ للتفاوت في الأرش؛ لأن وجوب القصاص في الأطراف: يعتبر فيه التساوي في الأرش؛ بدلالة أن الصحيح لا يقطع بالأشل، ولا كامل الأصابع بناقص الأصابع؛ لاختلاف الأرش.

فإذا اختلفا في الأرش.. لا يجري فيهما القصاص، بل يجب الأرش.

وكذلك: لا يجري القصاص بين طرفي عبدين؛ لأن العبد يختلف في القيم، ووجوب القصاص في الأطراف: يعتمد على التساوي في القيمة، ولم يوجد التساوي في القيمة.

ولو وجد فيعلم بالحزر والتخمين، والمماثلة الثابتة شرعاً لا يثبت بالحزر والظن؛ كالمماثلة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها.

وَلَا فِي قطعِ يَدٍ مِنْ نصفِ السَّاعِدِ.

وَلَا فِي جَائِفَةٍ بَرِئَت.

وَلَا فِي اللِّسَانِ.

وَلَا فِي الذَّكَرِ إِلّا إِن قُطِعَتِ الْحَشَفَةُ فَقَط.

بخلاف طرف الحرين؛ لأن استواءهما متيقن به بتقويم الشارع.

وبخلاف الأنفس؛ لأن القصاص فيما يتعلق بإزهاق الروح، ولا تفاوت فيها. هذا عندنا.

وقال الشافعي: يجب القصاص في جميع ذلك، إلا في الحر بقطع طرف العبد؛ لأن الأطراف تابعة للنفس، وشرع القصاص فيها للإلحاق بالنفس، ففي كل موضع [٧٢٨/أ] يجري القصاص في النفس.. يجري في الطرف أيضاً.

(ولا في قطع يدمن نصف الساعد)؛ لتعذر اعتبار المماثلة فيه؛ لأن العظم لا ينكسر من الموضع الذي يراد كسره.

(ولا في جائفة)، وهي: التي تصل إلى البطن من البطن أو الصدر.

(برئت)؛ لتعذر اعتبار المماثلة فيها أيضاً؛ لأن [البرء][1] في الجائفة نادر، فلا يمكن أن يجرح الثاني جائفة على وجه يبرأ منه مثل الأولى، فتكون الجائفة الثانية إهلاكاً له.. فلا يجوز.

(ولا في اللسان، ولا في الذكر)؛ لأنهما ينقبضان وينبسطان، فلا يمكن اعتبار المماثلة فيهما.

(إلا إن قطعت الحشفة فقط).. فحينئذٍ يقتص؛ لأن موضع القطع معلوم، فصار كالمفصل، فأمكن اعتبار المماثلة.

---

(١) في المخطوط: (الشر)، والمثبت من «اللباب» (١٤٨/٣)، و«الدرر» (٩٦/٢).

وطرفُ الْمُسلمِ وَالذِّمِّيِ سَوَاءٌ.

وَخُيِّرَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بَين الْقصاصِ وَأخذِ الْأَرْشِ:

لَو كَانَت يَدُ الْقَاطِعِ شلَّاءَ أَو نَاقِصَةَ الْأَصَابعِ.

أَو رَأْسُ الشاجِّ أَصْغَرَ ....

وعن أبي يوسف: أنه إذا قطع الذَّكَر واللسان من أصلهما.. يقتص؛ لأن موضع القطع معلوم.

قلنا: ممنوع؛ لانقباضهما وانبساطهما.

(وطرف المسلم والذمي سواء)، فيجري القصاص بينهما؛ للتساوي في الأرش.

(وخير المجني عليه بين: القصاص، وأخذ الأرش لو كانت يد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع)؛ لأن استيفاء حقه بكماله متعذر؛ فيخير:

بين: أن يتجوز دون حقه في القطع؛ لأن حقه في اليد الصحيحة والكاملة الأصابع.

وبين: أن يأخذ الأرش كاملاً؛ كمن أتلف مثلياً لإنسان، فانقطع عن أيدي الناس ولم يبق منه إلا ردياً.. فإنه مخير بين أن يأخذ الموجود ناقصاً، وبين أن يعدل إلى القيمة.

ثم إذا استوفى القصاص.. سقط حقه في الزيادة.

ولو سقطت يده المعيبة قبل اختيار المجني عليه.. بطل حقه، ولا شيء عليه؛ لأن حقه متعين في القصاص عندنا؛ لما مرّ: أن موجب العمد: القود عيناً، وحقه ثابت فيه قبل اختياره المال؛ فإذا فات المحل.. بطل الحق.

بخلاف ما إذا قطعت يده بقود أو سرقة؛ حيث يجب عليه أرش اليد في الموضعين؛ لأنه أوفى به حقاً مستحقاً، فصارت سالمة له معنى.

(أو رأس الشاج أصغر) من رأس المشجوج؛ يعني: مخير أيضاً بين القصاص وأخذ الأرش؛ لتعذر الاستيفاء كملاً؛ لما فيه من زيادة الشان للمشجوج.

أَو أَكبَرَ لَا يستوعبُ الشَّجَّةَ مَا بَينَ قرنيهِ، وَقد استوعبَت مَا بَين قَرْنَي المشجوجِ.

(**أو أكبر**) من رأس المشجوج.

ثم فسر الأكبرية بقوله: (**لا يستوعب الشجة ما بين قرنيه**)؛ أي: قرني الشاج؛ أي: جانبي رأسه [٧٢٨/ب]، (**وقد استوعبت**) الشجة (**ما بين قرني المشجوج**).

وهذا: لأن الشجة إنما كانت موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها، وفي استيفاء ما بين قرني الشاج: زيادة على ما فعل؛ لأن ما بين قرنيه أكبر مما بين قرني المشجوج، وباستيفاء قدر حقه: لا يلحقه من الشان مثل ما يلحق المشجوج، فيخير بينهما؛ كما في الشلاء والصحيحة.

ثم إذا اختار القود.. يبدأ من أي الجانبين شاء؛ لأن حقه في ذلك المحل، فكان له أن يفعل.

* * *

(فَصْلٌ)

وَيسْقطُ الْقصاصُ:

بِمَوْتِ الْقَاتِلِ.

وَبعفُو الْأَوْلِيَاءِ.

وبصُلْحِهم على مَالٍ وَإِن قَلَّ، وَيَجِبُ حَالاً.

(فَصْلٌ)

(**ويسقط القصاص بموت القاتل**)؛ لفوات المحل؛ لأن موجب العمد عندنا: هو القصاص عيناً، على ما تقدم؛ فإذا مات القاتل.. فات المحل، وسقط الحق.

خلافاً للشافعي؛ فإنه يقول: تجب الدية في ماله، على أنَّ موجب العمد عنده: القصاص أو الدية؛ فإذا فات أحدهما.. ثبت الآخر، وقد تقدم الجواب عنه.

(**وبِعَفْوِ الأولياء**)؛ لأنه حق ثابت، فيجري فيه العفو.

(**وبصلحهم على مال وإن**) وصلية (**قل**) المال؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾.

قال ابن عباس: إنها نزلت في الصلح.

(**ويجب**) المال المصالح عليه (**حالاً**) إن لم يشترط التأجيل ولا التعجيل؛ لأنه دين وجب بعقد الصلح، والأصل فيما وجب بالعقد: الحال؛ كالثمن والمهر.

بخلاف الدية؛ لأنها لم تجب بالعقد، بل وجبت بالقتل ابتداء، فوجبت مؤجلة ابتداء بتأجيل الشارع إلى ثلاث سنين.

ويستوي في بدل الصلح: القليل والكثير، على ما أشار إليه بقوله: «وإن قل»؛ لأنه ليس في الصلح نص مقدر، فيفوض إلى اصطلاحهما؛ كبدل الخلع والكتابة والعتق على مال.

بخلاف الدية؛ فإنها مقدرة بتقدير الشارع.. فلا يجوز الزيادة والنقصان فيها.

وبصُلحِ بَعضِهم أَو عَفوِهِ، وَلِمَن بقي حِصَّتُهُ مِنَ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ...

(وبصلح بعضهم أو عفوه)؛ أي: يسقط القصاص بصلح بعض الأولياء من نصيبه أو عفو بعضهم من نصيبه؛ لعدم تجزيء القصاص ثبوتاً وسقوطاً.

(ولمن بقي) من الأولياء (حصته من الدية في ثلاث سنين)؛ لأنه لما سقط حقهم في القصاص ضرورة عدم التجزيء.. انقلب نصيبهم - أي: نصيب من لم يعف - إلى المال.

حتى لو قتله غير الباقي جاهلاً بعفو.. فعليه الدية عندنا؛ لأنه قتل معصوماً خطأً.

بخلاف ما لو قتل رجل رجلين، فعفا أولياء أحدهما دون الآخر؛ حيث [٧٢٩/أ] يكون لأولياء الآخر قتله؛ لأن الواجب فيه: قصاصان؛ لاختلاف القتل والمقتول، فبسقوط أحدهما.. لا يسقط الآخر، فلا يلزم فيه تجزيء القصاص؛ كما لزم فيما نحن فيه.

واعلم: أن كلاً من القصاص والدية يجري فيه الأرش لكل وارث؛ ذكراً أو أنثى، حتى الزوجين، وإليه أشار المصنف بإطلاق الولي.

وقال مالك والشافعي: لا حق للزوجين في القصاص، ولا في الدية؛ لأن الوراثة خلافة، وهي بالنسب دون السبب؛ لانقطاعه بالموت.

ولنا: قوله ﷺ: «من ترك مالاً أو حقاً.. فللورثة، ومن ترك كلاً أو عيالاً.. فعليَّ»، والقصاص حقه، فيكون لجميعهم كالمال، وقد أمر النبي ﷺ بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم.

ولأن القصاص حق يجري فيه الإرث، حتى إنَّ من قتل وله ابنان، فمات أحدهما عن ابن.. كان القصاص بين الصبي وبين ابن الابن، فثبت لجميع الورثة، والزوجية تبقى بعد الموت حكماً في الإرث.

وعن علي: أنه يقسم الدية على من أحرز الميراث، فثبت أن الإرث جار فيهما بين جميع الورثة.

. على الْقَاتِلِ، هُوَ الصَّحِيح.

وَقيلَ: على الْعَاقِلَةِ.

وَلَو قتلَ حرٌّ وَعبدٌ شخصاً، فَأمرَ الْحرُّ وَسيِّدُ العَبْدِ رجلاً بِالصُّلْحِ عَن دمِهما بِأَلفٍ، فَصَالحَ.. فهي نِصْفَانِ.

وَيُقتَلُ الْجمعُ بالفردِ، ....

وقال: إن الدية حكمها حكم سائر الأموال، حتى تقضى ديون المقتول بالدية، وتنفذ وصاياه من ديته، كذا في «الزيلعي».

(على القاتل، هو الصحيح)؛ لأنه عمد سقط فيه القصاص بشبهة عدم التجزيء، فيلزم من مال القاتل.

(وقيل: على العاقلة)، وليس بخطأ حتى يلزم على العاقلة.

(ولو قتل حر وعبد شخصاً، فأمر الحر وسيد العبد رجلاً بالصلح عن دمهما)؛ أي: دم الحر والعبد (بألف، فصالح) ذلك الرجل؛ أي: الوكيل بالصلح (.. فهي)؛ أي: الألف (نصفان) بين الحر وسيد العبد؛ لأن الصلح وقع عن القصاص، والحر والعبد مستويان في وجوب القصاص عليهما، فيستويان أيضاً في بدل القصاص، فيجب على كل واحد من الحر والسيد: نصف الألف.

(ويقتل الجمع)؛ أي: الجمع الذي ليس فيه من لم يجب القصاص عليه.

حتى لو قتل جماعة رجلاً، وفيهم أبو المقتول، أو مجنون، أو صغير.. لا يقتل الجمع؛ كما في «قاضي خان» وغيره.

(بالفرد)؛ يعني: إذا قتل جماعة واحداً عمداً.. اقتص كل واحد منهم استحساناً.

والقياس: أن لا يقتل الجماعة بالواحد؛ لأن القصاص ينبئ عن المساواة، ولا مساواة بين الواحد والجماعة.

وجه الاستحسان: ما روي عن عمر: أنه قتل نفراً من أهل صنعاء خمسة أو سبعة [٧٢٩/ب] برجل قتلوه، وقال: لو [تمالأ عليه أهل صنعاء.. لقتلتهم، ولأن القتل

والفردَ بِالْجمعِ؛ اكْتِفَاءً إِنْ حضرَ أولياؤُهم.

بطريق التغالب غالبٌ، والقصاص شرع][1] لحكمة الزجر، فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به، فيجري القصاص عليهم جميعاً؛ تحقيقاً لمعنى الإحياء، ولولا ذلك.. لسد باب القصاص عليهم، وفتح باب التفاني؛ إذ لا يوجد القتل من واحد غالباً؛ لأنه يقاد منه الواحد، فلم يقدر عليه، فلم يحصل إلا نادراً، والزجر يشرع فيما يغلب لا فيما يندر.

ولأن زهوق الروح لا يتجزأ، واشتراك الجماعة فيما لا يتجزأ: يوجب التكامل في حق كل واحد منهم، فيضاف إلى كل واحد منهم كملاً؛ كأنه ليس معه غيره، كذا في «الزيلعي».

فإذا أضيف إلى كل واحد منهم كملا؛ فإذا عفا أولياء المقتول واحداً منهم.. لا يسقط القصاص عن الباقين، بل لهم أن يقتصوا؛ كما في «قاضي خان»؛ حيث قال:

ولو قتل رجلان رجلاً عمداً، فعفا الولي عن أحدهما.. كان له أن يقتل الآخر.

وكذا: لو قتل رجل رجلين، فعفا ولي أحد المقتولين.. فلولي الآخر أن يقتله. انتهى.

(**والفرد بالجمع**)؛ أي: إن قتل رجل عمداً جماعة.. يقتل الرجل بالجماعة.

(**اكتفاء**)؛ أي: يكتفى بقتله، ولا شيء لأولياء المقتولين غير ذلك من الدية.

(**إن حضر أولياؤهم**)؛ أي: يقتل الفرد بالجمع إن حضر أولياؤهم عند القتل اكتفاء.

وفيه خلاف الشافعي؛ فإنه قال: يقتل بالأول منهم إن قتلهم على التعاقب، وقضي بالدية لمن بعده في تركة القاتل؛ لأن العاقلة لا تعقل العمد.

وإن قتلهم دفعة واحدة.. يقرع بينهم، ويقضى بالقود لمن خرجت له القرعة، وبالدية للباقين.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «الزيلعي» (٦/١١٤).

وإِنْ حضرَ وَاحِدٌ.. قُتِلَ لَهُ، وَسقطَ حقُّ الْبَقِيَّةِ.

وَلَا تُقطَعُ يدانِ بيدٍ.

وإِن أَمرّا سكيناً فقطعا مَعاً، بل يضمنَانِ دِيَتَهَا.

وفي قول منه: إنه يقتل بهم جميعاً، وتقسم الديات بينهم؛ لأن الموجود قتلات، وما يتحقق في حقه قتل واحد.. فلا تماثل، وهو القياس في الفصل الأول أيضاً، إلا أنا تركناه بما ذكرناه ورويناه.

ولنا: أن كل واحد من أولياء المقتولين قاتل للقاتل بوصفه الكمال، فحصل التماثل في قتل الواحد بالجماعة.

ألا ترى: أن الواجب في الفصل الأول: القصاص، ولولا أن التماثل ثابت.. لما وجب القصاص، وهذا: لأن المثل اسم مشترك؛ فمن ضرورة كون الشيء مثلاً للآخر: أن يكون الآخر مثلاً له أيضاً، فوجوب القصاص فيه دليل على أنه مثل.

له: أن القصاص لا يجب في كل موضع يتعذر فيه اعتبار المماثلة؛ كما تقدم.

(**وإن حضر واحد**) من أوليائهم (.. **قتل**) القاتل (**له**) أي للحاضر، (**وسقط حق البقية**)؛ لفوات المحل بالقتل؛ كما إذا مات القاتل حتف أنفه [٧٣٠/أ].. سقط القصاص؛ لفوات المحل.

وفيه أيضاً خلاف الشافعي، قال: تجب الدية للباقين في ماله؛ بناء على أن الأصل عنده: أن الواجب في قتل العمد القصاص أو الدية، وأما عندنا: القصاص عيناً، على ما تقدم.

(**ولا تقطع يدان بيد**)؛ يعني: إذا قطع رجلان يد رجل واحد عمداً.. لا قصاص على واحد منهما (**وإن**) وصلية (**أمرّا سكيناً**) واحداً (**فقطعا معاً، بل يضمنان ديتها**)؛ أي: دية اليد المقطوعة؛ لأن التلف حصل بفعلهما، فيجب عليهما نصف الدية، على كل منهما: ربع الدية.

أشار بإن الوصلية، وبقوله: «سكيناً» إلى أنهما لو قطعا يد رجل بسكينين؛ بأن

فَإِنْ قطعَ رجلٌ يَمِينَي رجلَيْنِ.. فَلَهُمَا قطعُ يَمِينِهِ وديةٌ ....

أخذ كل منهما سكيناً وأمرَّ أحدهما من جانب، والآخر من جانب آخر.. لا تقطع يدهما أيضاً، وهذا بالاتفاق.

وفي الأول: خلاف الشافعي؛ فإنه قال: إذا أخذا سكيناً واحداً من جانب وأمرَّاها على يد رجل حتى انقطعت [.. تقطع][1] يدهما؛ اعتباراً بالنفس؛ فإن الأطراف تابعة للأنفس، وملحقة بها، وأخذت حكمها؛ فكما يقتص الرجلان بقتل رجل.. فكذلك يقتص يدان بيد.

بخلاف ما إذا أمرَّ أحدهما السكين من جانب، والآخر من جانب آخر حتى التقى السكينان في الوسط وانقطعت اليد.. لا يجب القصاص فيه على واحد منهما؛ لأنه لم يوجد من كل واحد منهما إمرار السلاح إلا على بعض العضو.

ولنا في الخلافية: أن كل واحد منهما قطع البعض؛ لأن ما انقطع بقوة أحدهما: لا ينقطع بقوة الآخر، فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض، والاثنين بالواحد؛ لانعدام المساواة، فصار كما إذا أمرَّ كل واحد منهما من جانب آخر.

بخلاف النفس؛ فإن الشرط فيها المساواة في العصمة لا غير، وفي الطرف: تعتبر المساواة في النفع والقيمة، ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء، والنفس السالمة عن العيوب بقتل بالمفلوج والمشلول، فكذا الاثنان بالواحد.. فلا يصح القياس على النفس.

(فإن قطع رجل) واحد (يميني رجلين.. فلهما قطع يمينه)؛ أي: يمين القاطع؛ سواء كان قطعهما معاً أو متعاقباً، على ما في «الزيلعي».

قيدّ بيميني رجلين؛ لأنه لو قطع يمين رجل، ويسار آخر.. قطع يداه بهما.

وكذا: إذا قطعهما لواحد.

(ودية)؛ أي: لهما أخذ الدية؛ أي: نصف دية النفس، فيقتسمان ذلك النصف

---

(١) زيادة من «البحر» (٨/٣٥٥).

بَينهمَا، إِن حضرا مَعاً.

وَإِن حضر أَحدُهمَا وَقُطِعَ.. فللآخرِ الدِّيَةُ.

(بينهما)، لكل منهما: ربع (إن حضرا معاً).

وقال الشافعي [٧٣٠/ب]: إن قطعهما على التعاقب.. يقطع للأول منهما، ويغرم أرش اليد للثاني؛ لأن يده صارت مستحقة له قصاصاً، فمنع استحقاقها للثاني بالقطع، فصار كما إذا رهن شيئاً من إنسان، ثم رهنه من آخر بعد التسليم إلى الأول.

وإن قطعهما دفعة واحدة.. يقرع بينهما، ويكون القصاص لمن خرجت له قرعته، والأرش للآخر؛ لأن اليد الواحدة لا تفي بالحقين، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فوجب المصير إلى القرعة.

ولنا: أن المساواة في سبب الاستحقاق: توجب المساواة في الاستحقاق، ولا معتبر بالتقدم والتأخر؛ كالغريمين في التركة، وهذا: لأن حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد؛ لتقرر السبب في كل واحد منهما وهو القطع، وكونه مشغولاً بحق الأول: لا يمنع تقرر السبب في الثاني، ولهذا لو كان القاطع لهما عبداً.. استويا في استحقاق رقبته، ولو كان يمتنع للأول.. لما شاركه الثاني.

بخلاف الرهن؛ لأنه استيفاء حكماً، فلا يثبت للثاني بعدما ثبت للأول؛ كالاستيفاء حقيقة؛ فإذا لم يمنع الأول ثبوت حق الثاني فيها.. استويا فيها، فينقطع لهما إذا حضرا معاً؛ لعدم الأولوية، ويقضى لهما بنصف الدية، فيقسمانه نصفين لاستوائهما.

(وإن حضر أحدهما وقطع) له يد القاطع (.. فللآخر الدية)؛ أي: دية اليد الواحدة؛ لأن للحاضر أن يستوفي حقه، فلا يجب عليه التأخير إلى أن يحضر الآخر؛ لثبوت حقه في القصاص بيقين، وحق الآخر متردد؛ لاحتمال أن لا يطلب، أو يعفو مجاناً، أو صلحاً، فصار كأحد الشفيعين إذا حضر والآخر غائب؛ حيث يقضى له بالشفعة في الكل لما قلنا.

وَصَحَّ إِقْرَارُ العَبْدِ بقتلِ الْعمدِ، ويُقتَصُّ بِهِ.

وَمن رمى رجلاً عمداً فنفذَ إِلَى آخرَ، فماتا.. اقْتَصَّ للْأَوَّلِ، وعَلى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ للثَّانِي.

ثم إذا حضر الآخر بعدما قطعت يده للحاضر فطلب.. يقضى له بالدية؛ لعدم المحل للقصاص له؛ لفواته بالقصاص للأول.

(**وصح إقرار العبد بقتل العمد، ويقتص به**)؛ أي: في الحال.

وكذا: يصح إقرار بحد، فيحد به في الحال، وقد تقدم في كتاب الحجر.

وقال زفر: لا يصح إقراره بذلك؛ لأنه يؤدي إلى إبطاله حق المولى، فصار كالإقرار بالنفس خطأ، أو بالمال في عدم الصحة، ولأن العبد غير متهم في مثله؛ لكونه يلحقه الضرر به، فيصح منه، ولأن العبد مبقي على أصل الحرية في حق الدم؛ عملاً بالآدمية.

ألا ترى: أن إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح.

فإذا صح إقراره بقتل [٧٣١/أ] العمد.. لزم منه بطلان حق المولى ضرورة وضمناً، وذلك لا يضر، وكم من شيء يصح ضمناً، ولا يصح قصداً.

بخلاف الإقرار بالمال؛ لأنه إقرار على المولى بإبطال حقه قصداً؛ لأن موجبه بيع العبد أو الاستسعاء.

وكذا: إقراره بالقتل خطأ؛ لأن موجبه دفع العبد إلى ولي المقتول أو الفداء على المولى، ولا يجب على العبد شيء.. فلا يصح؛ سواء كان العبد محجوراً عليه، أو مأذوناً له في التجارة.

(**ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ**) السهم من ذلك الرجل (**إلى**) رجل (**آخر فماتا.. اقتص**) الرامي (**للأول**)؛ لأن قتله عمداً (**وعلى عاقلته**)؛ أي: عاقلة القاتل (**الدية للثاني**)؛ لأنه أخطأ في الفعل.

كأنه رمى غرضاً فأصاب آدمياً، ورميه وإن كان شيئاً واحداً.. إلا أن المحلين مختلفان، فينزل الفعل الواحد منزلة الفعلين المختلفين؛ لتعدد الأثر، فينفرد كل واحد منهما بحكم.

* * *

(فَصْلٌ)

وَمَن قطعَ يَدَ رجلٍ، ثمَّ قَتلَه.. أَخَذَ بهما مُطلقاً إِن تخللهما برْءٌ، وإِلّا؛ فَإِن اخْتلفَا عمداً وَخطأً.. أَخذَ بهما: لَا إِن كَانَا خطأين، بل تَكْفِي دِيَةٌ.

وَفِي العمدَينِ: يُؤْخَذُ بهما.

(فَصْلٌ)

(ومن قطع يد رجل، ثم قتله.. أخذ) الجاني (بهما)؛ أي: بموجبي القطع والقتل.

(مطلقاً)؛ أي: سواء كان القطع والقتل عمدين، أو خطأين، أو أحدهما عمداً والآخر خطأ.

ففي الصور الأربع.. أخذ بموجبهما.

(إن تخللهما)؛ أي: تخلل بينهما (برء)؛ لأن البرء بينهما قاطع للسراية، فلا يمكن الجمع بينهما، فيعطى لكل فعل حكمه.

ففي العمدين: يجب القطع والقتل معاً.

وفي الخطأين: يجب الدية ونصف الدية معاً.

وفي الخطأ والعمد: يجب الدية للخطأ، والقود للعمد.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يتخلل بينهما برء؛ (فإن اختلفا عمداً وخطأ)؛ بأن قطع عمداً، ثم قتله خطأ قبل البرء أو بالعكس (.. أخذ بهما)؛ أي: بموجبهما؛ لاختلاف حكم الفعلين باختلافهما جنساً.

(لا إن كانا خطأين، بل تكفي دية) بالاتفاق؛ لإمكان الجمع بينهما لاتحاد الجنس وارتفاع المانع من التداخل وهو البرء، فيكتفى بموجب أحدهما، وهو: دية النفس.

(وفي العمدين)؛ بأن قطع عمداً، ثم قتله عمداً: (يؤخذ بهما) عند أبي حنيفة؛

وَعِنْدَهُمَا: يُقتَلُ فَقَط.

أي: الولي مخير بين أن يأخذ بهما، وبين أن يقتله؛ بأن يقول: اقطعوه، ثم اقتلوه، أو يقول: اقتلوه.

وما ذكر في «الهداية» من أن الخيار إلى الإمام: سهو.

(وعندهما: يقتل فقط)، فصارت الجملة ثماني صور.

توضيحها: أن كلاً من القطع والقتل؛ إما أن يكونا:

خطأين.

أو يكون القطع خطأ، والقتل عمداً.

أو بالعكس.

فصارت أربع، ثم إن كل واحد منها؛ إما أن يكون:

قبل البرء.

أو بعده.

فصارت ثماني.

وكل ذلك؛ إما أن يتحقق من شخص واحد أو شخصين فصارت ست عشرة [٧٣١/ب].

فإن كانا من شخصين.. يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الأرش مطلقاً؛ لأن التداخل غير ممكن؛ لعدم اتحاد المحل.

وإن كانا من شخص واحد وهو المذكور في الكتاب.. فإيجاب موجب كل من القطع والقتل، أو إهدار أحدهما مبني على أصل، وهو: أن الجمع بين الجراحات يعني الاكتفاء بموجب أحدهما واجب ما أمكن تتميماً للأول؛ لأن القتل في غالب الأوقات يقع بضربات متعاقبة، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج، فيجعل الثاني متمماً للأول، ويجعل الكل جراحة واحدة، إلا أن لا يمكن الجمع.

إما لاختلاف الفعلين؛ بأن يكون أحدهما خطأ والقتل عمداً.. يجب في القطع: دية اليد؛ أعني: نصف دية النفس؛ وفي القتل: القصاص.

ولو كان بالعكس.. يجب في القطع: القصاص قطع اليد، وفي القتل: دية النفس.

وأما لو تخلل البرء؛ فإن البرء قاطع للسراية.. فحينئذٍ يعطى كل واحد حكم نفسه أيضاً؛ سواء **اتحد الفعلان جنساً**؛ بأن كانا خطأين أو عمدين **أو اختلفا جنساً** بأن كان أحدهما خطأ والآخر عمداً.. ففي الصور الثماني: يعطى كل واحد حكم نفسه؛ لعدم إمكان الجمع.

ولو لم يتخلل البرء وقد اتحدا جنساً بأن كانا خطأين.. يجمع بالإجماع؛ لإمكان الجمع؛ لعدم اختلاف الجنس وعدم تخلل البرء.

ولو لم يتخلل البرء واتحدا جنساً؛ بأن كانا عمدين.. فالولي مخير عند أبي حنيفة؛ فإن شاء يقول: اقطعوه ثم اقتلوه، وإن شاء يقول: اقتلوه.

وعندهما: لا خيار للولي، بل له أن يقتل، لا أن يقطع يده؛ لأن الجمع ممكن؛ لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء، فيجمع بينهما، ولا يعطى كل واحد حكم نفسه، بل يكتفى بالقتل بدون القطع.

ولأبي حنيفة: أن الجمع متعذر؛ لأن جزء الرقبة يمنع سراية القطع؛ كالبرء، فيعطى كل واحد حكم نفسه، فيقطع بالقطع، ويقتل بالقتل، ولأن قضية القصاص وهي المماثلة صورة ومعنى: فيما ذكرناه، وفي الاكتفاء بالقتل.. لم توجد المماثلة إلا معنى، فلا يصار إليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى، فيخير الولي.

بخلاف ما إذا كانا خطأين؛ لأن الموجب فيه: الدية، وهي بدل المحل، والمقتول واحد، فيجب بدل واحد.

ألا ترى: أن عشرة لو قتلوا واحداً خطأ تجب عليهم دية واحدة؛ لاتحاد المحل

وَلَو ضربَهُ مائَةَ سَوطٍ فبرئَ مِن تسعينَ، وَمَاتَ مِن عشرَةٍ.. وَجَبت دِيَةٌ فَقَط.

وَإِن جرحتهُ وَبَقِيَ الْأَثَرُ وَلم يَمُتْ.. تجبُ حُكُومَةُ عدلٍ.

وإن تعدد الفعل، ولو قتلوه عمداً.. قتلوا به جميعاً؛ لأن القصاص وهو موجب العمد: جزاء الفعل [٧٣٢/أ]، والفعل متعدد وإن اتحد المحل.

(**ولو ضربه مائة سوط**) تسعون في مكان، وعشرة في مكان، (**فبرئ من تسعين**) سوطاً (**ومات من عشرة.. وجبت دية فقط**)؛ أي: دية واحدة، وهي دية النفس؛ كما إذا كانا خطأين ولم يتخلل بينهما برء كما ذكر، وهذا: لأن الضربات التي برئ منها ولم يبق لها أثر.. سقط أرشها؛ لزوال الشيء، فلم تبق معتبرة في حق الأرش وإن بقيت في حق التعزير، وهذا عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف: فيها حكومة عدل.

وعند محمد: يجب فيها أجرة الطبيب وثمن الأدوية؛ كذا في «الزيلعي».

(**وإن جرحته**) الضربات (**وبقي الأثر ولم يمت.. تجب حكومة عدل**) بالاتفاق دون الأرش؛ لأن حكومة عدل إنما تكون لبقاء أثر الجرح، وهو موجود هنا، والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس؛ بأن لم يبرأ، وهذا ليس بموجود؛ لحصول البرء.. فلا يجب الأرش.

ولو ضربه مائة سوط ولم يجرح ابتداء.. لا يجب شيء من: الأرش، أو من حكومة عدل، أو من أجرة الطبيب وثمن الأدوية، بالاتفاق كذا في «العناية».

وينبغي أن يجب التعزير.

واختلفوا في تفسير حكومة عدل:

قال بعضهم: ينظر إلى المجني عليه أنه لو كان مملوكاً كم ينتقص من قيمته بهذه الجناية؛ إن كانت تنقص عشر قيمته.. ففي الحر تجب عشر دية.

وعلى هذا الاعتبار في النصف، والثلث، ونحو ذلك.

وَمن قُطِعَتْ يَدهُ عمداً فَعَفَا عَنِ الْقطعِ، فَمَاتَ مِنْهُ.. فعلى قاطعِهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفسِ.

وقال بعضهم: ينظر إلى ما يحتاج إليه في هذا من النفقة وأجرة الطبيب.. فهي حكومة عدل.

وقال بعضهم: ينظر إلى أدنى جراحة لها أرش مقدر وهي الموضحة؛ فإن كانت هذه الجراحة نصف الموضحة.. يجب فيها نصف أرش الموضحة.

قال رحمه الله: والفتوى على الأول، وكذا في «قاضي خان».

(ومن قطعت يده عمداً فعفا) المقطوعة يده القاطعَ (عن القطع) وهو موجب العمد، (فمات منه)؛ أي: من القطع (... فعلى قاطعه الدية في ماله) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: هو)؛ أي: العفو عن القطع: (عفو عن النفس) أيضاً، فلا شيء على القاتل.

لهما: أن العفو عن القطع عفو بموجبه؛ لأن الفعل عرض لا يبقى.. فلا يتصور العفو عنه، فيكون العفو عنه عفواً عن موجبه، وموجبه القطع إذا اقتصر، أو القتل إن سرى، فكان العفو عنه عفواً عنهما، ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر، فيكون العفو عنه: عفواً عن نوعيه.

فصار كما إذا عفا عن الجناية؛ فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة [٧٣٢/ب]، فكذا هذا.

ولأبي حنيفة: أن سبب الضمان - وهو قتل النفس المعصومة المقتولة - قد تحقق، والمانع منتفٍ؛ لأن العفو لم يتناوله بصريحه؛ لأنه عفو عن القطع، وهو غير القتل؛ لأن القطع: إبانة العضو، والقتل: إزهاق الروح، وبالسراية تبين أن الواقع قتل لا قطع، فكان حقه في القتل؛ فما هو حقه.. لم يعف عنه، وما عفي عنه.. فليس بحقه، فلا يكون معتبراً.

وَإِن عَفا عَنِ الْقطعِ وَمَا يحدثُ مِنْهُ، أَو عَنِ الْجِنَايَةِ.. فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفسِ إِجْمَاعاً.

والعمدُ مِن كلِّ المَالِ.

وَالْخَطأُ مِن ثُلُثِهِ.

ألا ترى: أن الولي لو قال بعد السراية: عفوتك عن اليد.. لم يكن عفواً؛ لأنه في غير حقه.

ولو قال المجني عليه: عفوتك عن القتل واقتصر القطع.. لم يكن عفواً.

فكذا: إذا عفا عن اليد، ثم سرى.

فإذا لم يكن العفو معتبراً.. وجب الضمان، وهو: الدية والقصاص؛ لأن القطع عمد، وموجبه: هو القصاص، إلا أنا تركناه؛ لأن صورة القياس العفو.. أورثت شبهة، وهي دارئة للقصاص، فتجب الدية استحساناً.

ولا نسلم أن الساري نوع من القطع، بل الساري قتل ابتداء؛ لأن القتل إزهاق الروح، ولما انزهق الروح بالسراية.. عرف أنه قتل.

ولا نسلم أيضاً: أن القتل موجب القطع إذا سرى؛ لأنه إذا سرى ومات.. تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً، إنما الثابت: هو موجب القتل، وهو: الدية، فكان العفو المضاف إلى القطع مضافاً إلى غير محله ، فلا يصح.

وإذا لم يصح العفو عن القطع.. لا يكون عفواً عن القتل، فلا يتناوله العفو.

بخلاف العفو عن الجناية؛ لأنها اسم جنس، فيتناول السارية والمقتصرة.

(وإن عفا عن القطع وما يحدث منه)؛ أي: عفا عنهما معاً (أو عن الجناية.. فهو)؛ أي: كل من هذين العفوين: (عفو عن النفس إجماعاً)؛ لأن قوله: «وما يحدث منه» تصريح بالعفو عن السراية، فكان العفو عفواً عن القتل صريحاً.

والجناية: اسم جنس يتناول القطع والقتل جميعاً.

(والعمد: من كل المال، والخطأ: من ثلثه)؛ يعني: إذا كانت الجناية عمداً وقد

والشجُّ كالقطعِ.

وَإِن قَطَعَتِ امْرَأَةٌ يَدَ رجلٍ فَتَزَوَّجهَا على يَدِهِ، ثمَّ مَاتَ.. فَعَلَيهِ مهرُ مثلِهَا، وَعَلَيْهَا الدِّيَةُ فِي مَالَهَا؛ إِن تعمَّدت، وعَلى عاقلتها إِن أَخطأت.

عفا عنها، فيكون العفو معتبراً من كل المال؛ لأن موجب العمد: القود، وهو ليس بمال.. فلم يتعلق به حق الورثة، فيصح العفو عنه على الكمال.

وإذا كانت خطأ وقد عفا عنها.. فهو عفو عن الدية، فيعتبر من الثلث؛ لأن الدية مال، فيتعلق بها حق الورثة، والعفو وصية للعاقلة، فيعتبر من الثلث؛ سواء كان القاتل واحداً من العاقلة أو لا، وعلى الصحيح ؛ لأنه أوصى لمن يجوز له الوصية - وهو [٧٣٣/أ] غير القاتل من العواقل - ولمن لا يجوز وهو القاتل منهم، فيكون الكل لمن تجوز له الوصية؛ كمن أوصى لميت وحيّ؛ فإن الوصية كلها تكون للحيّ.

وقيل: إذا كان القاتل واحداً من العاقلة.. لا تصح الوصية في قدر حصته؛ لأن الوصية للقاتل لا تصح.

(**والشج كالقطع**)؛ يعني: لو كانت الجناية شجة بدل القطع.. فهي على الخلاف المذكور في القطع:

فعند أبي حنيفة: إذا عفا المشجوج عن الشجة، ثم مات من ذلك.. فعلى الشاج الدية في ماله.

وقالا: إذا عفا عنها.. فهو عفو عن النفس أيضاً، فلا شيء على الشاج؛ كما ذكر في القطع.

(**وإن قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على يده، ثم مات**) الرجل (.. **فعليه مهر مثلها، وعليها**)؛ أي: على المرأة (**الدية في مالها إن تعمدت**) المرأة، (**وعلى عاقلتها إن أخطأت**).

توضيحها: إذا قطعت المرأة يد رجل، فتزوجها على يده؛ فإما أن يقتصر أو تسري:

فإن اقتصر.. صحت التسمية، ويصير الأرش وهو خمسة آلاف درهم مهراً لها بالإجماع؛ سواء كان القطع عمداً أو خطأ، وتزوجها على القطع فقط، أو عليه وما يحدث منه؛ لأنه لما برأ.. تبين أن موجبها: الأرش دون القصاص والقصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة، والأرش يصلح صداقاً.

وإن سرى وهو المذكور في الكتاب على ما أشار إليه بقوله: «ثم مات»:

فإما أن يكون القطع خطأ أو عمداً.

فإن كان خطأ.. فلها مهر مثلها والدية على عاقلتها.

وإن كان عمداً.. فلها مهر مثلها أيضاً، والدية في مالها؛ لأن العاقلة لا تعقل العمد، هذا عند أبي حنيفة؛ بناء على ما تقدم: أن العفو عن قطع اليد لم يكن عفواً عما يحدث عنه عنده، فكذا: التزوج على اليد لا يكون تزوجاً على ما يحدث عنه عنده.

وعندهما: يصلح عفواً عما يحدث عنه؛ أي: عن النفس.

فإذا لم يكن تزوجها على ما يحدث عنه.. يكون ما لها من المهر غير ما عليها مما يحدث عنه، فوجب كل منهما.

ثم إن القطع إذا كان عمداً.. كان التزوج تزوجاً على القصاص في الطرف، والقصاص ليس بمال.. فلا يصلح مهراً؛ سيّما على تقدير سقوط القصاص؛ فإنه إذا لم يصلح مهراً على تقدير ثبوته.. لا يصلح على تقدير سقوطه: متعلق بالقبول؛ فلما قبلت.. سقط.

وأما باعتبار تعذر الاستيفاء؛ فإنه لما جعل القصاص مهراً لها.. جعل لها ولاية الاستيفاء [٧٣٣/ب]، ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسها؛ فإذا لم يصلح القصاص مهراً.. يجب مهر المثل؛ لعدم جواز خلو العقد عن المهر؛ كما إذ تزوجها على خمر أو خنزير.

فـإن قيـل: الواجـب الأصـلي فـي الأطـراف بـين الرجـل والمـرأة هـو الأرش؛ خمسـمائة دينـار، لا القصـاص، فكيـف يصـار إلـى مهـر المثـل سـبب عـدم صـلاحية القصاص للمهر مع تعين الأرش؟

قلنا: لا نسلم أن الواجب الأصلي بين طرفي الرجل والمرأة هو الأرش، بل القصـاص؛ لإطـلاق قولـه تعـالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾، وإنمـا سـقط؛ لتعـذر حفـظ المماثلة بينهما على ما تقدم.

ولو سلم أن الموجب الأصلي هو الأرش، ولكنه ليس بمعلوم؛ لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم، فيكون مجهولاً.. فلا يصلح مهراً، فيصار بالضرورة إلى مهر المثل.

والحاصل: أن القصاص وبدله لما لم يصلح مهراً.. وجب لها مهر المثل؛ لعدم خلو العقد عنه؛ فإن قبل قبوله التزوج على اليد: يتضمن العفو، والمعفو لا يضمن؛ فمن أين تجب عليها الدية؟

قلنا: التزوج إنما يتضمن العفو عن القصاص في الطرف، ثم إذا سرى.. تبين أنه قتل لا قطع، والعفو لم يتناول القتل، فتجب الدية في مالها للعمد.

ثـم إذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية.. تقع المقاصة بينهما إذا كانا على السواء.

فإن كان في الدية فضل.. ترده على الورثة.

وإن كان في المهر فضل.. ترده الورثة عليها.

وإذا كان القطع خطأً.. كان التزوج على أرش اليد.

وإذا سرى إلى النفس.. تبين أنه لا أرش لليد، وأن المسمى معدوم، فيجب مهر المثل؛ كما إذا تزوجها على ما في يده، ولا شيء في يده، ولا تقاص في الدية ههنا؛

وَإِن تزَوَّجهَا على الْيَدِ وَمَا يحدثُ مِنْهَا، أَو على الْجِنَايَةِ ثمَّ مَاتَ. فَعَلَيهِ مهرُ الْمثلِ فِي الْعمدِ، وَيُرْفَعُ عَنِ الْعَاقِلَةِ مِقْدَارُهُ فِي الْخَطَأ، وَالْبَاقِي وَصِيَّةٌ لَهُم. فإِنْ خرجَ مِنَ الثُّلُثِ.. سقطَ، وإِلَّا.. فَقدرُ مَا يخرجُ مِنْهُ.

لأن الدية فيه على العاقلة، والمهر لها، فاختلفت ذمة من له وذمة من عليه، وشرط التقاص: اتحاد الذمتين.

(وإن تزوجها على اليد وما يحدث منها)؛ أي: السراية (أو على الجناية، ثم مات.. فعليه مهر المثل في العمد)؛ لأن هذا تزويج على القصاص، وهو لا يصلح مهراً؛ لعدم كونه مالاً، فيجب مهر المثل كما تقدم، ولا شيء عليها من الدية والقصاص أصلاً؛ لأنه لما جعل القصاص مهراً وقد رضي بسقوطه بجهة المهر.. فيسقط أصلاً؛ كما إذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالاً؛ بأن قال: أسقطت [٧٣٤/أ] عنك القصاص بشرط أن يصير مالاً؛ فإنه يصير مالاً.

(ويرفع عن العاقلة مقداره)؛ أي: مقدار مهر المثل (في الخطأ، والباقي) من مقدار مهر المثل (وصية لهم)؛ أي: للعاقلة، وضمير الجمع: باعتبار المعنى.

(فإن خرج من الثلث.. سقط) عن العاقلة.

(وإلا.. فقدر ما يخرج منه).

توضيحها: إذا تزوج على القطع وما يحدث منه، أو على الجناية، ثم مات من ذلك، فلا يخلو: أن يكون القطع عمداً أو خطأ.

فإن كان عمداً.. فلها مهر مثلها، ويكون الباقي من مهر مثلها وصية للعواقل؛ لأن التزوج على القطع وما يحدث منه لو على الجناية: تزوُّجٌ على موجب الجناية، وموجبها هنا: الدية، وهي تصلح مهراً؛ لأنها مال، فصحّت التسمية، إلا أن مقدار مهر مثلها يعتبر من جميع مال الميت؛ لأنه ليس في مقدار مهر المثل محاباة.

والمريض لا يحجر عليه من التزوج؛ لأنه من الحوائج الأصلية، فينفذ قدر مهر

مثلها من جميع المال، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية: يعتبر من الثلث؛ لأنه وصية؛ لكونه تبرعاً.

والدية هنا تجب على عاقلتها، وقد صارت مهراً.

فإن ساوت مهر مثلها ولا مال له سوى مهر المثل.. تسقط الدية كلها عن العاقلة، ولا ترجع المرأة عليهم بشيء من مهر مثلها؛ لأنهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها، فكيف يغرمون لها؟

وإن كان مهر مثلها أكثر من الدية.. لم تجب الزيادة؛ لأنها رضيت بأقل من مهر مثلها.

وإن كان مهر مثلها أقل من الدية.. سقط عنهم قدر مهر مثلها؛ لما ذكرناه: من أنهم كانوا يغرمون عنها بسبب جنايتها، فلا يغرمون لها شيئاً.

وما زاد على مقدار مهر المثل إلى تمام الدية ينظر:

فإن كان يخرج من الثلث.. يسقط عنهم أيضاً؛ لأنه وصية لهم، وتصح هذه الوصية؛ لأنهم أجانب.

وإن كان لا يخرج من الثلث.. سقط عنهم قدر الثلث، وأدوا الفضل إلى الأولياء؛ لأن الوصية لا نفاذ لها إلا من الثلث.

قال في «الكفاية»: هذا الجواب صحيح على قول من لم يجعل المرأة القاتلة واحدة من العاقلة، وأما على قول من يجعلها واحدة من العاقلة.. فقال بعضهم: إنه لا يصح؛ لأنه لا بد وأن تبطل الوصية في قدر حصتها؛ إذ لا وصية للقاتل، فلا تصح في نصيبها، فلا يسقط قدر نصيبها.

وقال بعضهم: إنه صحيح [٧٣٤/ب] مطلقاً، فيسقط كله؛ لأنه أوصى لمن تجوز الوصية ولمن لا تجوز له الوصية، فيكون الكل لمن تجوز له الوصية.. فيسقط الكل؛

وَكَذَا: الحكمُ عِنْدهمَا فِي صُورَةِ الأُولى.

وَمن قُتِلَ لَهُ وليٌّ عمداً فَقَطَع يَدَ قَاتِلِهِ، ثمَّ عَفا عَنِ الْقَتْلِ.. فَعَلَيهِ دِيَةُ الْيَدِ.

كمن أوصى لحي وميت؛ فإن الوصية كلها تكون للحي، وهو الأصح، على ما في «الزيلعي».

وفي «الكفاية»: إنه الصحيح.

(**وكذا الحكم عندهما في الصورة الأولى**) يعني في صورة التزوج على اليد إذا كان القطع خطأ؛ فإنهما قالا: إذا تزوجها على اليد، ثم مات.. فعليه مهر مثلها، ويرفع عن العاقلة مقدار مهر مثلها من الدية في الخطأ؛ لأن التزوج على اليد: تزوج على ما يحدث منه عندهما؛ كما أن العفو عن اليد عفو عندهما عما يحدث.

(**ومن قُتِل**) على صيغة المجهول (**له ولي عمداً، فقَطَع**) على صيغة المعلوم؛ أي: قطع من له القصاص عمداً أو خطأ وهو من قتل له ولي (**يد قاتله، ثم عفا**) من له القصاص (**عن القتل**)؛ أي: عن موجب القتل وهو القصاص (**.. فعليه**)؛ أي: على قاطع اليد: (**دية اليد**) عند أبي حنيفة.

وقالا: لا شيء عليه؛ لأنه استوفى حقه.. فلا يضمن؛ لأنه استحق إتلاف نفسه بجميع أجزائه؛ إذ الأجزاء تبع للنفس؛ فإذا استحق إتلاف الأصل.. استحق بجميع توابعه؛ فإذا عفا بطل حقه بالعفو فيما بقي؛ لأنه استوفى.

ولهذا: لو لم يقف.. لا يجب عليه ضمان اليد.

وكذا: إذا عفا، ثم سرى.. لا يضمن شيئاً، والقطع الساري: أفحش من المقتصر.

أو قطع وما سرى وما عفا، ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده، فصار كمن له قصاص في اليد فقطع أصابعه، ثم عفا عن اليد.. لا يضمن أرش الأصابع.

والأصابع من الكف: كالأطراف من النفس.

ولأبي حنيفة: أنه استوفى غير حقه.. فيضمن، وهذا: لأن حقه في القتل لا في

القطع، وكان القياس أن يجب القصاص، إلا أنه سقط للشبهة؛ إذ كان له أن يتلف الطرف تبعاً للنفس، وإذا سقط القصاص.. وجبت الدية.

وإنما لا يضمن في الحال، بل يضمن بعد العفو؛ لاحتمال أن يصير قتلاً بالسراية، فيظهر أنه استوفى حقه، وحقه في الطرف: ضرورة ثبوت حق القتل في النفس، وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله.

فإذا وجد الاستيفاء.. يظهر حقه في الأطراف تبعاً.

وإذا لم يستوف.. لم يظهر حقه في الطرف، **لا أصلاً، ولا تبعاً**، فتبين: أنه استوفى غير حقه [٧٣٥/أ].

وأما إذا لم يعف.. فإنما لم يضمن لمانع، وهو: قيام الحق في النفس؛ لاستحالة أن يملك قتله وتكون أطرافه مضمونة عليه.

فإذا زال بالعفو.. ظهر حكم السبب.

فإذا سرى.. فهو استيفاء، فتبين: أن العفو كان بعد الاستيفاء.

ولو قطع وما عفا وبرئ.. فهو على الخلاف في الصحيح، فلا يكون مستشهداً به.

ولو قطع، ثم حزّ رقبته.. فهو استيفاء؛ لأن القطع انعقد على وجه يحتمل السراية، فكان حز الرقبة تيمماً لما انعقد له القطع.. فلا يضمن.

حتى لو حز رقبته بعد البرء.. فهو على الخلاف.

على أنّا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفاء في التوابع، وإنما دخلت في النفس؛ لعدم إمكان التحرز عن إتلافها، والأصابع وإن كانت تابعة قياماً بالكف، والكف تابع لها غرضاً؛ لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع.. بخلاف الطرف؛ لأنه تابع للنفس من كل وجه.

وَمَن قُطِعَت يَدُهُ فَمَاتَ بَعْدَمَا اقْتصَّ لَهُ مِنَ الْقَاطِعِ.. قتلَ قاطعه.

وَمَن قُطِعت يَدُهُ فاقتصَّ مِن قاطِعها، فسرى إِلَى نَفسِهِ.. فَعَلَيهِ دِيَةُ النَّفسِ. خلافاً لَهما فيهمَا.

(ومن قطعت يده فمات) ذلك المقطوع يده (بعدما اقتص له من القاطع.. قتل قاطعه) قصاصاً؛ لأنه بالموت بالسراية تبَيّن أنَّ الجناية كانت قتل عمد، وحق المقتص له في القصاص في النفس، واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القتل؛ لأن من له القصاص في النفس إذا قطع طرف من عليه القصاص، ثم قتله.. لا يجب عليه شيء سوى الإساءة، ويبقى حقه في القصاص في النفس.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه سقط حقه في القصاص؛ لأن إقدامه على القطع: دليل على أنه أبرأه عن غيره.

قلنا: إنما أقدم عليه على ظن أنه حقه لا حق له غيره، وبعد السراية: تبين أن حقه في القود، فلم يكن مبرأً عنه.

(ومن قطعت يده فاقتص من قاطعها، فسرى إلى نفسه)؛ أي نفس: المقتص منه وهو المقطوع يده قصاصاً (.. فعليه)؛ أي: على عاقلة المقتص له وهو المقطوع يده أولاً: (دية النفس) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما فيهما).

وكذا الشافعي، قالوا: لا شيء عليه؛ لأنه استوفى حقه وهو القطع، فيسقط حكم السراية؛ إذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه.. فلا يتقيد بشرط السلامة؛ كي لا ينسد باب القصاص، فصار كالإمام إذا قطع يد السارق فسرى إلى النفس ومات، وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان.

وكما لو قال لغيره: اقطع يدي، فقطعها [٧٣٥/ب] ومات.

وهذا: لأن السراية تبع لابتداء الجناية.. فلا يتصور أن يكون ابتداء الفعل غير مضمون، والسراية مضمون.

ولأبي حنيفة: أن حقه في القطع، والموجود: قتل، حتى لو قطع ظلماً.. كان قتلاً، فلم يصر مستوفياً حقه.. فيضمن، وكان القياس: أن يجب القصاص، إلا أنه سقط للشبهة، فوجبت الدية.

بخلاف ما ذكروا من المسائل؛ لأن إقامة الحد واجب على الإمام، وكذا الفعل واجب - على غيره من البزاغ والفصاد والحجام والختان - بالعقد، وإقامة الواجب: لا تتقيد بشرط السلامة، وفي مسألتنا: الولي مخير، بل العفو مندوب إليه، فيكون من باب الإطلاق؛ كالمرور على الطريق، وكضرب الزوجة، فيتقيد بشرط السلامة.

* * *

(بَابُ الشَّهَادَةِ فِي القَتْلِ وَاعْتِبَارُ حَالَتِهِ)

الْقَوَدُ يثبتُ للْوَارِثِ ابْتِدَاءً، لَا بطرِيقِ الْإِرْثِ، ....

(بَابُ الشَّهَادَةِ فِي القَتْلِ وَاعْتِبَارُ حَالَتِهِ)

أي: حالة القتل، وهو عطف على الشهادة، هذا الباب مشتمل على نوعين من المسائل:

الأول: مسائل الشهادة في القتل.

والثاني: مسائل اعتبار حالة القتل.

(**القود يثبت للوارث ابتداء، لا بطريق الإرث**)؛ أي: عند أبي حنيفة.

اعلم: أن ههنا طريقين:

أحدهما: طريق الخلافة، وهو أن يثبت الملك للوارث ابتداء بسبب انعقد في حق المورث؛ كما إذا اتهب العبد؛ فإن الملك يثبت للمولى ابتداء بطريق الخلافة عن العبد؛ فإن العبد ليس له أهلية للملك.

والثاني: طريق الوراثة، وهو: أن يثبت الملك للمورث ابتداء، ثم للوارث بالنقل منه إليه.

فذهب أبو يوسف ومحمد: إلى الثاني؛ قولاً بأن القصاص موروث عن الميت، حتى يجري فيه سهام الورثة، ويصح عفوه قبل الموت، وتقضى منه ديونه إذا انقلب مالاً، وتنفذ وصاياه منه؛ كما في الدية.

وذهب أبو حنيفة: إلى الأول؛ قولاً بأن القصاص فيه غير موروث؛ لأنه ثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثأر، والميت ليس من أهله، وإنما يثبت للورثة بطريق الخلافة، بسبب انعقد للميت؛ أي: يقومون مقامه فيستحقونه ابتداء من غير أن يثبت للميت؛ لأن القصاص ملك العقل في المحل بعد موت المجروح، ولا يتصور الفعل من الميت.

ولهذا: صح عفو الورثة قبل موت المجروح، وإنما صح عفو المجروح؛ لأن

فَلَا يكونُ أحدُهم خصماً عَنِ الْبَقِيَّةِ فِيهِ.

بِخِلَافِ المَالِ، ....

السبب انعقد له، وقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [٧٣٦/أ]: نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداء.

بخلاف الدين والدية؛ لأن الميت أهل لملك المال، ولهذا: لو نصب شبكة فتعلق به صيد بعد موته.. يملكه.

وأصل هذا الاختلاف: راجع إلى أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده، وحق الميت عندهما.

فإذا كان القصاص يثبت حقاً للورثة ابتداء عند الإمام (.. فلا يكون أحدهم)؛ أي: أحد الورثة (خصماً عن البقية)؛ أي: بقية الورثة.

(فيه)؛ أي: في إثبات القود، بل لا بد للباقي بعد أن حضر إعادة البينة؛ ليتمكن من الاستيفاء، وإلا.. فلا يتمكن منه لا الحاضر ولا الغائب بعد حضوره حتى يقيما معاً، على ما في سنبينه.

وهل يكفي في إثبات القود حضور الوكيل، أم لا بد من حضور الغائب بنفسه؟

قالوا: يكفي حضور الوكيل.

قال في «قاضي خان»: الوكالة في إثبات الدم من جانب المدعي والمدعى عليه: مقبولة في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف آخراً: لا تقبل.

وقول محمد مضطرب.

وإن وُكل باستيفاء القصاص في النفس، أو فيما دون النفس.. لم يكن للوكيل أن يستوفي إلا بمحضر من الموكل عندنا.

وقال الشافعي: له أن يستوفي.

(بخلاف المال)؛ فإن أحد الورثة خصم عن البقية فيه؛ فإن الورثة تملكه بطريق

فَلَو أَقَامَ أَحَدُ ابْنَيْنِ حجَّةً بقتلِ أَبِيهِمَا عمداً، وَالْآخرُ غَائِبٌ.. لزِمَ إِعَادَتُهَا بعدَ عَودِ الْغَائِبِ، خلافاً لَهما.

الوراثة، لا بطريق الخلافة، وكل ما يملكه الورثة بطريق الوراثة: فأحدهم يكون خصماً عن الباقين، حتى إذا ادعى أحد الورثة شيئاً من التركة عيناً أو ديناً على أحد، وأقام بينة.. يثبت حق الجميع فيه، فلا يحتاج الباقون بعد حضورهم إلى تجديد الدعوى وإقامة البينة.

وكذا: إذا ادعى واحد على أحد الورثة شيئاً من التركة، وأقام البينة عليه.. يثبت على الجميع، حتى لا يحتاج إلى أن يدعي على كل واحد منهم وإقامة البينة عليهم.

وكذا الحال في القتل الخطأ، على ما سيأتي.

وإذا لم يكن أحد الورثة خصماً عن البقية في إثبات القصاص؛ (فلو أقام أحد ابنين حجة بقتل أبيهما عمداً، والآخر غائب.. لزم إعادتها بعد عود الغائب) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ يعني: إذا قتل رجل رجلاً عمداً، وللمقتول ابنان، أحدهما حاضر، والآخر غائب، فأقام الحاضر البينة على قتل أبيه.. لا يتعجل بقتل القاتل قصاصاً، بل يحبسه؛ لأنه صار متهماً به.

فإن حضر الغائب بعد ذلك.. لا يكون للغائب الذي حضر أن يستوفي القصاص ما لم يعد [٧٣٦/ب] البينة على القاتل عند القاضي، بل لا بد لهما من إعادة البينة؛ ليستوفي القصاص عند أبي حنيفة؛ لأن عنده القصاص ثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة، فلم يكن أحدهم خصماً عن البقية في إثبات حق الآخر من القصاص.

وقالا: لا حاجة للغائب بعد حضوره إلى إعادة البينة؛ بناء على الأصل المذكور: من أن ثبوت القصاص عندهما لما كان بطريق الوراثة.. كان أحد الورثة خصماً عن البقية فيما يدعي للميت، وفيما يدعى على الميت؛ كما في دعوى الخطأ والمال.

وَفِي الْخَطَأ وَالدَّينِ: لَا تلْزمُ.

وَلَو برهَنَ الْقَاتِلِ على عَفْوِ الْغَائِبِ.. فالحاضرُ خصمٌ، وَيسْقطُ الْقَوَدُ.

والجواب عنه: أن الميت أهل لملك المال ديناً أو دية، بخلاف القصاص؛ فإن الميت ليس بأهل له، على ما بيناه من قبل.. فلا يقاس أحدهما على الآخر.

(**وفي الخطأ**)؛ أي: القتل الخطأ (**والدين**)؛ أي: للميت أو على الميت: (**لا تلزم**) إعادة البينة بعد حضور الغائب بالاتفاق؛ لما ذكرناه: من أن ثبوت المال للورثة بطريق الوراثة، وكل ما كان كذلك.. يكون أحدهم خصماً عن الباقين، وكل من الخطأ والدين مال.

(**ولو برهن القاتل على عفو الغائب.. فالحاضر خصم**) له، (**ويسقط**) عن القاتل (**القود**)؛ لأنه ادعى على الحاضر حقاً وهو سقوط حقه في القصاص وانقلاب نصيبه مالاً، ولا يتمكن من إثباته إلا بإثبات العفو من الغائب، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إثبات حقه عليه بالبينة؛ فإذا قضى عليه.. صار الغائب مقضياً عليه أيضاً، تبعاً للحاضر.

ثم إذا حضر الغائب: فإن أقر العفو.. فبها.

وإن أنكر.. فهل يكلف القاتل إعادة البينة أم لا يكلف؟

ففيه تفصيل مذكور في «قاضي خان»؛ حيث قال فيه في باب الوكالة بالدم: رجل قُتِل عمداً، فأقام أخ المقتول بينة أنه وارثه، ولا وارث له غيره، وأقام القاتل بينة أن له ابناً.. فإن القاضي لا يقضي ببينة الأخ، ويتأنى في ذلك.

وإن أقام القاتل بينة: أن له ابناً، وأنه قد صالحه على الدية وقبضها منه، أو أقام بينة أن الابن قد عفا عنه.. قبلت بينة القاتل؛ لأنه أثبت ببينة أنه لا حق للمدعي في استيفاء القود.

فإن جاء الابن بعد ذلك وأنكر العفو أو الصلح.. كلف القاتل أن يعيد البينة على الابن.

وَكَذَا: لَو قُتِلَ عبدٌ لِرجلَيْنِ وَأَحَدُهمَا غَائِبٌ.

ولا يقضى على الابن بالبينة التي أقامها القاتل على الأخ؛ لأن الأخ لا يكون [٧٣٧/أ] خصماً عن الابن.

ولو كان للمقتول أخوان، فأقام القاتل البينة على أحدهما: أن الأخ الغائب صالحه على خمسة آلاف درهم، أو عفا عنه.. جاز ذلك.

فإن حضر الغائب وأنكر الصلح أو العفو.. لا يكلف القاتل إعادة البينة.

بخلاف الأول؛ لأن في الأول الأخ لا يكون وارثاً مع الابن، بل يكون أجنبياً؛ أما الأخوان.. فكل واحد منهما يستحق القصاص على القاتل، فهذه بينة قامت على الخصم، فلا يكلف إعادة البينة.

وإذا لم يكلف القاتل إعادة البينة ههنا.. يكون للحاضر نصف الدية، ولا شيء للغائب. انتهى.

ولو ادعى القاتل عفو الغائب، ولم يكن له بينة، وأراد استحلاف الحاضر.. فهل يكلف أم لا؟

قالوا: لا يكلف الحاضر؛ لأنه يدعي العفو على الغائب، والحاضر ليس بخصم في حق النفس، بل يؤخر حتى يقدم الغائب؛ فإذا قدم.. يكلف.

فإذا حلف.. اقتص القاتل، وإن نكل.. سقط القود. كذا في «شرح الوقاية» نقلاً عن «شرح الكافي».

(وكذا لو قُتِل عبد لرجلين وأحدهما غائب)؛ يعني: لو كان عبد بين رجلين، فقتل عمداً، وأحد الموليين غائب.. فحكمه مثل ما ذكر في المسألة المتقدمة في الوليين، حتى لا يقبل بينة الحاضر في إثبات القصاص من غير إعادة بعد عود الغائب.

ولو أقام القاتل البينة على عفو الغائب.. فالحاضر خصم، ويسقط القصاص.

وَلَو شهد وليّا قصاصٍ بِعَفْوِ أَخيهما.. لَغَتْ، فَإِن صدَّقَهما الْقَاتِلُ فَقَط.. فَالدِّيَةُ بَينَهم أَثلَاثاً، وَإِن كذَّبهما.. فَلَا شَيْءَ لَهما ولأَخيهما: ثلثُ الدِّيَةِ.

وَإِن صدقهما أخوهما فَقَط.. غَرِمَ الْقَاتِلُ لَهُ ثُلُثَ الدِّيَةِ، ثمَّ يأخذانِهِ مِنْهُ.

(ولو شهد وليا قصاص بعفو أخيهما.. لغت) شهادتهما؛ يعني: إذا قُتل رجل عمداً، وكان له ثلاثة أولياء، فشهد اثنان منهم على الثالث: أنه عفا.. فشهادتهما باطلة؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما مغنماً، وهو انقلاب القود إلى المال، وهو عفو منهما؛ لأنهما زعما أن القصاص قد سقط، وزعمهما معتبر في حقهما لا في حق الغير.

ثم هذه المسألة على أربعة أوجه:

• فأشار إلى الأول بقوله: (فإن صدقهما)؛ أي: الشاهدين (القاتل فقط)؛ أي: كذبهما شريكهما وهو أخوهما الذي شهدا عليه بالعفو (.. فالدية بينهم أثلاثاً)؛ لأن القاتل بتصديقه إياهما: أقر لهما بثلثي الدية، فتلزمه؛ لكنهم يزعمون أن نصيب الولي المشهود عليه قد سقط بعفوه، وهو ينكر.. فلا يقبل قولهم عليه بدون البينة، فينقلب نصيبه أيضاً مالاً، فوجب عليه كل الدية بين الأولياء الثلاث.

• وإلى الثاني بقوله: (وإن كذبهما)؛ أي: كذب القاتل والشريك المشهود عليه الشاهدين (.. فلا شيء لهما) [٧٣٧/ب]؛ أي: للشاهدين؛ لأنهما بإخبارهما أسقطا حقهما في القصاص، فانقلب مالاً.. فلا تصدق دعواهما لأنفسهما مالاً إلا ببينة؛ كتكذيب القاتل والشريك.

(ولأخيهما)؛ أي: المشهود عليه: (ثلث الدية)؛ لأن حق الشاهدين لما سقط في القصاص.. سقط حق شريكهما فيه أيضاً؛ لعدم تجزيء القصاص، وانتقل إلى المال، وسقط حقهما في المال أيضاً؛ لما ذكرناه، فبقي حصة الشريك وهي ثلث الدية؛ لعدم المسقط.

• وإلى الثالث بقوله: (وإن صدقهما)؛ أي: الشاهدين (أخوهما)؛ أي: المشهود عليه (فقط)؛ أي: دون القاتل (.. غرم القاتل له)؛ أي: للشريك المشهود عليه (ثلث الدية)، وهو نصيب الشريك، (ثم يأخذانه منه)؛ أي: يأخذ الشاهدان ذلك الثلث من

وَإِنِ اخْتلفَ شَاهدا الْقَتْلِ فِي زَمَانِهِ، أَو مَكَانِهِ، أَو آلَتِهِ، أَو قَالَ أَحدُهمَا: ضربَهُ بعصاً، وَقَالَ الآخرُ: لَا أَدْرِي بِمَاذَا قَتلَهُ.. بطلَتْ.

الشريك؛ لأن زعم الشريك أنه يضمن لتصديقه الشاهدين.. فلا شيء له على القاتل، ولهما على القاتل ثلث الدية، وما في يده وهو ثلث الدية: مال القاتل، وهو من جنس حقهما، فيصرف إليهما.

والقياس: أنه لا يلزمه شيء؛ لأنهما ادعيا المال على القاتل، والقاتل ينكر.. فلم يثبت، وما أقر القاتل للشريك: قد بطل بتكذيبه.

وجه الاستحسان: أن القاتل بتكذيبه الشاهدين قد أقر للمشهود عليه بثلث الدية؛ لزعمه أن القصاص سقط بإخبارهما بالعفو؛ كابتداء العفو منهما.

والمقر له ما كذب القاتل حقيقة، بل أضاف الوجوب إلى غيره، وفي مثله: لا يرتد الإقرار؛ كمن قال: لفلان علي مائة، فقال المقر له: ليس لي ولكنها لفلان؛ فإن المال للمقر له الثاني؛ كذا هنا.

• ولم يذكر المصنف الوجه الرابع من وجوه المسألة، وهو: أن يصدق الشاهدين القاتل والشريك معاً.. فحكمه: أن لا شيء للشريك؛ لأنه بتصديقه أبطل نصيبه، وللشاهدين ثلثا الدية؛ لأن نصيبهما صار مالاً كذا في «الدرر».

(وإن اختلف شاهدا القتل في زمانه)؛ أي: زمان القتل؛ بأن شهد أحدهما: أنه قتله قبل الظهر، وشهد الآخر: أنه قتله بعد الظهر.

(أو مكانه)؛ بأن: شهد أحدهما: أنه قتله في مكان كذا، والآخر: أنه قتله في مكان آخر.

(أو آلته)؛ بأن شهد أحدهما: أنه قتله بالسيف، والآخر: أنه قتله برمح.

(أو قال أحدهما: ضربه بعصا، وقال الآخر: لا أدري بماذا قتله.. بطلت) الشهادة في الكل؛ لأن القتل ما لم يتكرر.. فالقتل الواقع في زمان: غير القتل في

زمان آخر، وكذا: القتل في مكان، أو بآلة غير القتل [٧٣٨/أ] في مكان آخر وبآلة أخرى، فكان على كل قتل شهادة، فرد، فلم تقبل.

ولأن اتفاقي الشاهدين: شرط القبول، ولم يوجد.

ولو شهد شاهدان: أنه قتله في زمان أو مكان أو بآلة كذا، وشهد آخران: أنه قتله في زمان أو مكان آخر أو بآلة أخرى.. لم يقبل أيضاً وإن قام على كل من القتل نصاب شهادة؛ لأن القاضي تيقن كذب أحد الطرفين؛ لاستحالة اجتماعهما؛ لعدم التكرر كما ذكرناه، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر؛ لعدم الأولوية بالقبول.. فبطلتا.

بخلاف ما إذا كمل أحد الطرفين دون الآخر حيث يقبل الكامل منهما؛ لعدم المساواة؛ كذا في «الزيلعي».

ولو قال أحدهما: إنه ضربه بآلة كذا، وقال الآخر: لا أدري بأي آلة قتله.. بطلت أيضاً؛ لأن أحدهما: مطلق، والآخر مقيد، والمطلق غير المقيد.. فاختلفا، فلم تقبل، ولأن حكم المقيد يغاير حكم المطلق؛ فإن من قال: «قتله بعصا»: موجبه الدية على العاقلة، ومن قال: «لا أعلم»: موجبه الدية على القاتل.. فاختلف المشهود به، فلم تقبل.

وكذا: لو شهد أحدهما: بالقتل معاينة، سواء كان القتل عمداً أو خطأ. والآخر: على إقرار القاتل بذلك.. لم يقبل؛ لاختلاف المشهود به.

فإن أحدهما: فعل، والآخر: قول؛ كما لو شهد أحدهما: بالغصب، والآخر على إقرار الغاصب بالغصب.

وكذا: لو شهد أحدهما: أنه قتله عمداً، والآخر: أنه قتله خطأ.. لم تقبل؛ لاختلاف المشهود به.

ولو شهد رجل وامرأتان بقتل العمد.. لم تقبل.

وكذا: الشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي.

وَإِن شَهدا بِالْقَتْلِ وجهلا الْآلَةَ.. لزمتِ الدِّيَةُ.

وَلَو أقرَّ كلٌّ مِنَ الرجلَيْنِ بقتلِ زيدٍ، وَقَالَ وليُّهُ: قتلتماه جَمِيعاً.. فَلهُ.....

بخلاف قتل الخطأ؛ لأن موجب قتل الخطأ: المال - وهو الدية - لا القصاص، فتقبل فيه: شهادة النساء مع الرجال، والشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي.

وكذا: لا تقبل شهادة بعض أهل المحلة على بعض في القتل؛ لما فيها من دفع المغرم عن أنفسهم؛ كما سيأتي في القسامة.

(**وإن شهدا بالقتل وجهلا الآلة.. لزمت الدية**)؛ يعني: لو شهدا: أنه قتله، وقالا: لا ندري بأي شيء قتله.. وجب فيه الدية في ماله استحساناً.

والقياس: أن لا تجوز هذه الشهادة أصلاً؛ لأنهما شهدا بقتلٍ مجهول؛ لأن الآلة إذا جهلت.. فقد جهل القتل؛ لأن القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة، فيكون هذا غفلة من الشهود.

وجه الاستحسان: أنهما شهدا بقتلٍ مطلق، والمطلق ليس بمجمل [٧٣٨/ب]؛ لإمكان العمل به، فيجب أقل موجبه، وهو الدية.

ولا يحمل قولهما: «لا ندري» على الغفلة، بل يحمل على أنهما سعيا للدرء المندوب إليه في العقوبات؛ إحساناً للظن بهما، ومثل ذلك شائع في الشرع وإن كان كذباً؛ لأن الشرع أطلق الكذب في إصلاح ذات البين.

وإنما وجبت الدية في ماله دون العاقلة؛ لأن المطلق يحمل على الكامل، فلا يثبت الخطأ بالشك إذا ادعى على رجل أنه قتل أباه عمداً، وأقام شاهدين فشهدا: أنه ضرب فلاناً بالسيف، فلم يزل صاحب فراش حتى مات.. قبلت هذه الشهادة، ويقضى بالقصاص وإن لم يذكر العمد.

وكذا: لو شهدا أنه طعنه برمح أو رماه بسهم.

(**ولو أقر كل من الرجلين بقتل زيد، وقال وليه: قتلتماه جميعاً.. فله**)؛ أي:

قَتلُهمَا..

وَلَو شَهدا بقتلِ زيدٍ عمراً، وَآخران: بقتل بكرٍ إِيَّاهُ، وَادّعى وليُّهُ قَتلَهمَا.. لغتا.

للولي (قتلهما) قصاصاً؛ لأن كلاً منهما أقر بانفراده بكل القتل وبالقصاص عليه، والمقر له صدقه في وجوب القتل عليه أيضاً، لكنه كذبه في انفراده بالقتل، وتكذيب المقر له في بعض ما أقر به: لا يبطل إقراره في الباقي؛ لأن ذلك يوجب تفسيقه، وفسق المقر لا يمنع صحة إقراره.

كما لو أقر لرجل بألف درهم فصدقه المقرّ له في النصف، وكذبه في النصف.. فإن الإقرار صحيح في النصف المقر به.

بخلاف ما لو قال: «صدقتما» بدل «قتلتماه»؛ فإنه ليس له أن يقتل واحداً منهما؛ لأن تصديقه كل واحد منهما تكذيب للآخر؛ لأن كل واحد منهما يدعي الانفراد بالقتل، فتصديقه يوجب، فصار كأنه قال لكل واحد منهما: قتلته وحدك، ولم يشاركك فيه أحد؛ كما تقول أنت، فيكون مقراً بأن الآخر لم يقتله، فسقط القصاص بإقراره.

(ولو شهدا بقتل زيد عمراً، أو آخران بقتل بكر إياه)؛ أي: عمرو، (وادعى وليه)؛ أي: ولي عمرو (قتلهما)؛ أي: قتل زيد وبكر عمراً، والإضافة إلى الفاعل (.. لغتا)؛ أي: الشهادتان؛ لأن تكذيب المشهود له الشاهدَ في بعض ما شهد به.. يبطل شهادته؛ لأن تكذيب الشاهد تفسيق له، وتفسيق الشاهد يوجب رد شهادته؛ كما تقدم في الشهادة.

بخلاف فسق المقر؛ فإنه لا يمنع صحة إقراره؛ كما تقدم قال في شهادات «قاضي خان»:

المدعي إذا كذب شهوده فيما شهد له في بعضه.. لا تقبل شهادتهم؛ إما لأنه تفسيق للشاهد، أو لأن الشهادة لا تقبل بدون الدعوى، وفيما كذب لم توجد الدعوى من المدعي.

وإذا تكلم المدعي بكلام يحتمل أن يكون [٧٣٩/أ] تكذيباً؛ إن كان ذلك قبل القضاء.. لا يقضى له، وإن كان بعد القضاء.. لا يبطل قضاؤه.

إلا أن يكون تكذيباً للشاهد قطعاً.

ثم ذكر فروعه.. فارجع إليه.

ولو شهدا على رجل بقتله خطأ، وحكم بالدية، فجاء المشهود بقتله حياً.. ضمَّنت العاقلة:

الولي؛ لأنه قبض الدية بغير حق.

أو الشهود؛ لأن المال تلف بشهادتهما.

ثم يرجع الشهود على الولي بما ضمنوا.

والعمد كالخطأ؛ إلا في الرجوع عند أبي حنيفة؛ فإنهم إذا شهدوا عليه بقتل العمد، فقتل المشهود عليه، ثم جاء المشهود بقتله حياً.. يخير الورثة بين: تضمين الولي الدية، وبين تضمينه الشهود.

فإن ضمنوا الشهود.. لم يرجعوا على الولي عند أبي حنيفة؛ لأنهم أوجبوا هنا للولي ما ليس بمال وهو القصاص.. فلا وجه لأن يرجعوا بمال؛ إذ لا مماثلة بينهما.

وعندهما: يرجعون على الولي كما في الخطأ.

ولو شهدا على إقرار القاتل بالقتل عمداً أو خطأ، ثم جاء حياً.. لم يضمنا؛ لعدم ظهور كذبهما في شهادتهما.

وكذا: لو شهدا على شهادة غيرهما في الخطأ، وقضي بالدية على العاقلة، ثم جاء حياً.. لم يضمنا؛ لعدم ظهور كذبهما؛ لأن المشهود به شهادة الأصول على القتل، لا نفس القتل، وضمن الولي الدية في الصورتين للعاقلة؛ إذ ظهر أنه أخذها منهم بغير حق.

ولما فرغ من مسائل الشهادة في القتل.. شرع في مسائل اعتبار حالة القتل،

وَالْعِبْرَةُ بِحَالَةِ الرَّمْي لَا الْوُصُولِ فِي تبدُّلِ حَالِ المرميّ عِنْدَ الإِمَامِ؛ فَلَو رمى مُسلماً فَارْتَدَّ، فوصلَ إِلَيْهِ فَمَاتَ.. تجبُ الدِّيَةُ.

خلافاً لَهما.

وَلَو رمى مُرْتَداً فَأسلمَ قبلَ الْوُصُولِ.. لَا يجبُ شَيْءٌ اتّفاقاً.

فقال: (**والعبرة بحالة الرمي لا الوصول في تبدل حال المرمي**) إليه (**عند الإمام**)؛ أي: في حق الضمان والحل، يعني: أن المرمي إليه لو كان معصوم الدم حالة الرمي.. يضمنه الرامي بإهلاكه، وإلا.. فلا.

وهذا: لأن الضمان إنما يجب بالجناية، والشخص إنما يصير جانياً بفعل يدخل تحت اختياره وهو الرمي، لا وصول المرمي إلى المرمي إليه.

إذا عرفت هذا؛ (**فلو رمى**) الرامي (**مسلماً فارتد**) المرمي إليه بعد الرمي، قبل وصول السهم إليه، (**فوصل**) السهم (**إليه**)؛ أي: إلى المرتد، (**فمات**) المرتد من ذلك الرمي (.. **تجب الدية**) على الرامي عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: لا شيء على الرامي؛ لأن التلف حصل في محل غير معصوم، وإتلاف غير المعصوم:

هدر.

ولأبي حنيفة: أن المرمي إليه معصوم الدم وقت الرمي، والعبرة به؛ لما ذكرناه، فوجب الدية عليه لورثة المرتد، لا القصاص؛ لأنه وقت الوصول لم يكن معصوم الدم، فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص.

(**ولو رمى مرتداً فأسلم قبل الوصول** [٧٣٩/ب] .. **لا يجب شيء اتفاقاً**).

أما عند أبي حنيفة: فظاهر.

وأما عندهما: فلأن الرمي لم ينعقد موجباً للضمان؛ لعدم تقوم المحل وقت الرمي، فلا ينقلب موجباً بصيرورته متقوماً بعد ذلك.

وَإِن رمى عبداً فَأُعتِقَ، فوصلَ.. فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ عبداً.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: فضلُ مَا بَينَ قِيمَتِهِ مرميّاً وَغيرَ مرميٍّ. ....

(وإن رمى عبداً فأعتق) العبد؛ أي: أعتقه مولاه بعد الرمي قبل وصول السهم إليه، (فوصل) السهم إليه فمات منه (.. فعليه)؛ أي: فعلى الرامي (قيمته) حال كونه (عبداً).

(وعند محمد: فضل ما بين قيمته مرمياً وغير مرمي)؛ لأن العتق قاطع للسراية.

ألا ترى: أن من قطع يد عبد، ثم أعتقه مولاه، ثم مات.. لا يجب عليه إلا أرش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع إلى العتق، ولا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة.

فإذا انقطعت السراية.. بقي مجرد الرمي، وهو جناية تنتقص بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي، فيجب عليه ذلك، حتى لو كانت قيمته قبل الرمي: ألف درهم، وبعده: ثمانمائة.. لزمه مائتان.

ولأبي حنيفة: أن الرامي يصير قاتلاً له من وقت الرمي، وهو مملوك في تلك الحالة، فيجب قيمته؛ لما مر من أصله: أن المعتبر حالة الرمي، بخلاف قطع اليد؛ فإنه إتلاف لبعض المحل، والإتلاف يوجب الضمان للمولى؛ لأنه ورد على محل مملوك له، ثم إذا سرى بعد العتق.. لا يوجب شيئاً؛ لأنه لو أوجب شيئاً.. للعبد؛ لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه، فتصير نهاية الجناية مخالفة للبداية، فصار ذلك كتبدل المحل، وعند تبدل المحل: لا تتحقق السراية، فكذا هنا.

وأما الرمي.. فقبل الاتصال بالمحل: ليس بإتلاف شيء منه؛ لأنه لا أثر له في المحل، وإنما قلَّت فيه الرغبات، فلا يجب فيه الضمان قبل الاتصال بالمحل.

وعند الاتصال بالمحل: يستند الوجوب إلى وقت الانعقاد، فلا تخالف النهاية البداية، فتجب قيمته للمولى.

وأبو يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسألة.

والفرق له بين هذه المسألة وبين ما تقدم من مسألة الارتداد: أنه اعترض على

---

(١) زيادة من «الزيلعي» (٦/١٢٥).

وَإِن رمى محرمٌ صيداً فَحلَّ، فوصلَ.. وَجبَ الْجَزَاءُ.

وَإِن رَمَاهُ حَلَالٌ فَأَحْرمَ، فوصل.. فَلَا.

وَإِن رمى مَن قُضِيَ عَلَيْهِ برجمٍ فَرجعَ شُهُودُهُ، فوصلَ.

لَا يضمنُ.

وَلَو رمى مُسلمٌ صيداً فتمجَّسَ، فوصلَ.. حلَّ.

وَفِي الْعَكْس: يحرمُ.

الرمي ما يبطل عصمة المحل فيما تقدم، فيجعل ذلك بمنزلة الإبراء؛ أما هنا.. اعترض على الرمي ما يؤكد عصمة المحل وهو الإعتاق.. فلا تبطل به الجناية.

(وإن رمى محرم صيداً، فحل، فوصل) السهم إلى الصيد بعد كونه حلالاً (.. وجب الجزاء)؛ لأنه وقت الرمي كان محرماً.

(وإن رماه حلال، فأحرم) أي دخل في الإحرام قبل الوصول [٧٤٠/أ]، (فوصل) السهم إلى الصيد (.. فلا) يلزمه الجزاء؛ لأنه وقت الرمي ليس بمحرم.

(وإن رمى من قضي عليه برجم) يعني رجل قضى القاضي عليه برجم، فرماه رجل بحجر، (فرجع شهوده) قبل وصول الحجر إليه، (فوصل) الحجر إليه (.. لا يضمن) الرامي شيئاً؛ لأن المعتبر حالة الرمي، وهو مباح الدم حالة الرمي.

(ولو رمى مسلم صيداً فتمجَّس)؛ أي: صار مجوسياً، (فوصل) السهم إلى الصيد بعد كونه مجوسياً (.. حل) أكل الصيد؛ لأن حالة الرمي كان مسلماً.

(وفي العكس)؛ أي: رمى مجوسي صيداً، فأسلم، فوصل السهم بعد إسلامه (..يحرم) أكله.

أما عند أبي حنيفة: فظاهر.

وأما عندهما: فلأن الرمي انعقد محرماً.. فلا ينقلب محللاً.

* * *

(كتاب الديات)

(كتابُ الدِّياتِ)

الدِّيَـةُ الْمُغَلَّظَـةُ مِـنَ الْإِبِـلِ: مائَـةٌ أَربَاعـاً؛ بَنَـاتُ مَخَـاضٍ، وَبَنَـاتُ لَبـونٍ، وحِقَاقٌ، ....

(كِتَابُ الدِّيَاتِ)

تجمع دية، مصدر «ودى القاتل المقتول»: إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس.

ثم قيل لذلك المال: دية؛ تسمية له بالمصدر، وفاؤها محذوفة؛ كما في «عدة» كذا في «المغرب».

والأرش: للواجب فيما دون النفس.

واعلم: أن الدية عند أبي حنيفة لا تكون إلا من: الذهب، والفضة، والإبل.

من الذهب: ألف دينار.

ومن الفضة: عشرة آلاف درهم.

ومن الإبل: مائة.

وقالا: تكون من هذه الثلاثة، ومن البقر، والغنم والحُلَل؛ كما سيأتي.

ثم هي على نوعين: مغلظة، ومخففة.

فذكر الأول بقوله: (**الدية المغلظة من الإبل**).

واعلم: أن الدية المغلظة لا تكون إلا من الإبل دون غيره، على ما سيصرح به.

وهي: (**مائة**) إبل (**أرباعاً**)؛ أي: من حيث الأرباع، لا من حيث الأخماس؛ كما في المخففة.

ثم بين الأرباع بقوله: (**بنات مخاض**)، وهي: التي طعنت في السنة الثانية.

(**وبنات لبون**)، وهي: التي تم عليها الحولان.

(**وحقاق**)، جمع حقة، وهي: التي تمت عليها ثلاث سنين.

وجِذاعٌ؛ من كُلٍّ خمسٌ وَعشْرون.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: ثَلَاثُونَ حُقَّةً، وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَأَرْبَعُونَ ثَنِيَّةً؛ كلهَا خَلِفاتٌ فِي بطونِها أَوْلَادُهَا.

(وجذاع)، وهي: التي تمت عليها أربع سنين.

ثم بين عدد كل نوع بقوله: (من كل) من هذه الأنواع الأربعة: (خمس وعشرون)، فصار الكل: مائة.

هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(وعند محمد: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون ثنية)، وهي: التي تمت عليها خمس سنين، (كلها)؛ أي: كل الثنية (خلفات) جمع خلفة، وهي: الحامل من النوق، (في بطونها أولادها)، صفة كاشفة لخلفات.

واستدل محمد بقوله ﷺ: «ألا إن قتيل خطأ العمد: قتيل السوط والعصا، فيه مائة من الإبل، أربعون منها في بطونها أولادها»، ولأن دية شبه العمد [٧٤٠/ب]: أغلظ من دية الخطأ المحض بالإجماع، وذلك فيما قلنا؛ لأنا نقول: أثلاثاً، وأنتم تقولون: أرباعاً، والأثلاث أغلظ من الأرباع.

واستدل بقوله ﷺ: «في نفس المؤمن: مائة من الإبل» وجه الاستدلال به: أن الثابت منه ﷺ هذا، وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ، ولا بد منه بالإجماع، وما رواه غير ثابت؛ لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ؛ فإن عمر وزيداً وغيرهما قالوا مثل ما قال محمد.

وقال علي: تجب أثلاثاً ثلاثة وثلاثون حقة، وثلاثة وثلاثون جذعة، وأربعة وثلاثون خلفة.

وقال ابن مسعود: تجب أرباعاً؛ مثل ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف.

والرأي لا مدخل له في المقادير الشرعية، فكان كالمرفوع، وصار معارضاً لما رواه محمد، وإذا تعارضا.. كان الأخذ بالمتيقن - وهو الأدنى - أولى.

وَلَا تَغْلِيظَ فِي غيرِ الْإِبلِ.

وَهِيَ فِي شبهِ الْعمدِ.

والمخفَّفةُ - وَهِيَ فِي الْخَطَأ وَمَا بعده -:

من الذَّهَب: ألفُ دِينَارٍ.

وَمِنَ الْوَرِقِ: عشرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ.

(ولا تغليظ في غير الإبل)؛ لأن الشرع ورد به، وعليه الإجماع، والمقدرات لا تعرف إلا سماعاً؛ إذ لا مدخل للرأي في المقدرات الشرعية، فلم تتغلظ بغير الإبل، حتى لو قضى القاضي به.. لا ينفذ قضاؤه؛ لكونه على خلاف النص والإجماع، فلا يزاد في الدراهم: على عشرة آلاف درهم، ولا في الدنانير: على ألف دينار تغليظاً.

(وهي)؛ أي: الدية المغلظة: (في شبه العمد)، وقد تقدم بيانه في أول الجنايات، وأنها على العاقلة، لا على القاتل؛ كما تقدم أيضاً.

(والمخففة)؛ أي: الدية المخففة: (وهي في الخطأ) جملة حالية من المبتدأ، أطلقه، فشمل: الخطأ في القصد، والخطأ في الفعل، وقد تقدم بيانهما في أول الجنايات.

(وما بعده)؛ أي: ما بعد الخطأ، وهو ما يجري مجرى الخطأ، وما قتل بسبب، على ما تقدم بيانه.

(من الذهب) متعلق بالمخففة: (ألف دينار)، خبر قوله: «والمخففة».

(ومن الوَرِق) بكسر الراء؛ أي: الفضة: (عشرة آلاف درهم).

وقال مالك والشافعي: من الورق اثني عشر ألفاً؛ لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قضى بذلك.

ولنا: ما روي عن عمر أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم.

وَمنَ الْإِبِلِ: مائَةٌ أَخْمَاساً؛ من: ابْن مَخَاضٍ، وَبنتِ مَخَاضٍ، وَبنتِ لَبونٍ، وحُقَّةٍ، وجَذَعَةٍ؛ من كلِّ عشرُونَ.

وَلَا دِيَةَ مِن غيرِ هَذِهِ الْأَمْوَالِ.

وَقَالا: مِنْهَا وَمنَ الْبَقرِ أَيْضاً؛ مِائَتَا بقرةٍ.

وَمنَ الْغنمِ: ألفا شَاة.

وَمِنَ الْحُلَلِ مِائَتَا حلَّةٍ، كلُّ حلَّةٍ ثَوْبَانِ.

وتأويل ما روي: أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة، وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر، فأبطل عمر ذلك الوزن.

(**ومن الإبل: مائة**) إبل (**أخماساً**)؛ أي: من حيث الأخماس.

وبين الأخماس بقوله: (**من ابن مخاض، وبنت مخاض، وبنت لبون، وحقة، وجذعة**).

ثم بين عدد كل من هذه الأنواع الخمسة [١٤٧/أ]: (**من كل**) من هذه الخمسة: (**عشرون**)، فبلغت مائة.

هكذا روي عن ابن مسعود، ولأن هذا أخف؛ فكان أليق بحالة الخطأ؛ لأن الخاطئ معذور، وهذا قول الشافعي أيضاً، إلا أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض.

(**ولا دية من غير هذه الأموال**)؛ أي: الأنواع الثلاثة: الذهب، والفضة، والإبل، عند أبي حنيفة.

(**وقالا: منها**)؛ أي: من هذه الثلاثة، (**ومن البقر أيضاً: مائتا بقرة، ومن الغنم: ألفا شاة، ومن الحُلل: مائتا حلة، كل حلة ثوبان**).

لهما: ما روي أن عمر جعل على أهل كل مال هكذا.

قال أبو يوسف: حدثنا ابن أبي ليلى، عن الشعبي، عن عبيدة السلماني قال:

وَكَفَّارَةُ شِبهِ الْعمدِ وَالْخَطَأ: عتقُ رَقَبَةٍ مُؤمنَةٍ.

فَإِن عجزَ.. فَصِيَام شَهْرَيْنِ مُتَتَابعَينِ، وَلَا إِطْعَام فِيهَا.

وَصَحَّ إِعتاقُ رَضِيعٍ أَحدُ أَبَوَيْهِ مُسلمٌ.

لَا الْجَنِينُ.

وللمرأةِ فِي النَّفْسِ وَمَا دونهَا: نصفُ مَا للرَّجلِ.

وضع عمر بن الخطاب الديات على أهل الذهب: ألف دينار، وعلى أهل الورق: عشرة آلاف درهم، وعلى أهل الإبل: مائة من الإبل، وعلى أهل البقر: مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة: ألفي شاة، وعلى أهل الحلل: مائتي حلة.

ولأبي حنيفة: أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية، وهذه الأشياء ليست كذلك، ولهذا لا يقدر بها ضمان شيء مما وجب ضمانه بالإتلاف أو غيره.

فإن قيل: فالإبل كذلك؟

أجيب عنه: بأن التقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة، وغيرها ليس في معناها، فلا يلحق بها.

(**وكفارة شبه العمد والخطأ: عتق رقبة مؤمنة**)؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ إلى قوله ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾.

(**فإن عجز.. فصيام شهرين متتابعين**)؛ لما تلوناه.

(**ولا إطعام فيها**)؛ أي: في كفارة شبه العمد والخطأ؛ لعدم النص فيها، والمقادير الشرعية تعرف بالنص؛ إذ لا مدخل للرأي فيها.

(**وصح إعتاق رضيع أحد أبويه مسلم**)؛ لأنه مسلم تبعاً له؛ لأنه يتبع خير الأبوين ديناً، والظاهر سلامة أطرافه.

(**لا الجنين**)؛ إذ لم تعرف حياته، ولا سلامته.

(**وللمرأة**)؛ أي: الدية للمرأة (**في النفس وما دونها: نصف ما للرجل**)، هكذا

وللذميّ مثل مَا للْمُسلم.

روي مرفوعاً وموقوفاً عن علي رضي الله عنه.

فإذا قتلت المرأة خطأ.. تجب خمسة آلاف درهم، وفي قطع يدها: ألفان وخمسمائة.

(وللذمي: مثل ما للمسلم)؛ أي: من الدية؛ لقوله ﷺ: «دية كل ذي عهد في عهده: ألف دينار».

وكذلك قضى أبو بكر وعمر، وفيه خلاف مالك والشافعي.

* * *

(فَصْلٌ)

فِي النَّفسِ: الدِّيَةَ.

وَكَذَا: فِي المارنِ، وَفِي اللِّسَانِ إِن منعَ النُّطْقَ، أَو أَدَاءَ أَكثرِ الْحُرُوفِ.

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ الدِّيَةِ فِيمَا دُون النَّفْسِ

لكن ذكر فيه وجوب الدية في النفس أيضاً بقوله: (في النفس: الدية) تمهيداً لذكر ما بعده، أطلق النفس [٧٤١/ب]، فشمل: الذكر، والأنثى، والصغير، والكبير، والوضيع، والشريف، والمسلم، والذمي.

والمراد: نفس الحر؛ لأن دية العبد ستأتي في فصل على حدة.

(وكذا في المارن)؛ أي: كما يجب الدية في النفس.. يجب أيضاً الدية الكاملة في إتلاف مارن الأنف، وما عطف عليه من الأطراف، إلى قوله: «وفي أشعار العينين» يعني: أن هذه الأطراف تعادل النفس في الدية، ولهذا ذكر النفس في هذا الفصل تمهيداً لما بعده، وإلا.. فقد ذكر لزوم الدية فيها من قبل.

والأصل ههنا: أن الجاني إن فوت في الأطراف جنس المنفعة على الكمال، أو أزال ما قصد في الآدمي من الجمال.. يجب عليه كل الدية؛ كما في النفس؛ لإتلافه النفس من وجه، وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه؛ تعظيماً للآدمي.

وقد قضى رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان والأنف.

وقد قضى عمر رضي الله عنه لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه، وذهب به: عقله، وسمعه، وبصره، وكلامه.

ففي قطع مارن الأنف: أزال الجمال، وكذا المنفعة المقصودة من الأنف، وهو: الشم، فيجب فيه كمال الدية.

(وفي اللسان؛ إن منع النطق أو أداء أكثر الحروف)؛ أي: فيه دية النفس؛ لأنه أزال منفعة مقصودة من اللسان، وهو: النطق.

وَفِي الصُّلبِ إن منعَ الْجِمَاعَ.

وَفِي الْإِفْضَاءِ إِذا منعَ استمساكَ الْبَوْلِ.

وَفِي الذَّكَرِ، وَفِي حشفتِهِ، وَفِي الْعقلِ، وَفِي السّمعِ، وَفِي الْبَصَرِ، وَفِي الشَّمِّ، وَفِي الذَّوْقِ، ....

ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون بعض؟

قيل: تقسم الدية على الحروف مطلقاً.

وقيل: تقسم على عدد حروف تتعلق باللسان، وهي: الألف، والتاء، والثاء، والجيم، والدال، والذال، والراء، والزاي، والسين، والشين، والصاد، والضاد، والطاء، والظاء، واللام، والنون، والياء؛ فما أصاب الفائت.. يلزمه. ولا مدخل للحروف الحلقية فيه، وهي: الحروف الستة المشهورة: الهاء، والهمزة، والعين، والغين، والحاء، والخاء.

ولا الشفوية، وهي: الباء، والميم، والواو.

وقيل: إن قدر على أكثرها.. تجب حكومة عدل؛ لحصول الإفهام مع الاعتلال، وإن عجز عن أداء الأكثر.. تجب كل الدية.

(**وفي الصلب**)؛ أي: فيه دية كاملة (**إن منع الجماع**)؛ لأنه حينئذ أزال المنفعة المقصودة منه، وإلا.. فلا.

(**وفي الإفضاء**)؛ أي: إفضاء أحد المسلكين إلى الآخر، وفيه دية كاملة (**إذا منع استمساك البول**)؛ لما ذكرناه.

(**وفي الذكر**)؛ أي: في قطعه (**وفي**) قطع (**حشفته**): دية كاملة؛ لما فيه من تفويت منفعة الوطء [٧٤٢/أ]، والإيلاد، واستمساك البول.

(**وفي العقل**)؛ أي: في إذهابه: دية كاملة؛ لتفويت منفعة الإدراك المقصود من الإنسان.

(**وفي السمع، وفي البصر، وفي الشم، وفي الذوق**)؛ أي: في ذهاب كل منها:

وَفِي اللِّحْيَةِ إِن لم تنْبت ....

دية كاملة؛ لما ذكرناه، ولما روي عن عمر رضي الله عنه: أنه قضى لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه، ذهب بها: عقله، وسمعه، وبصره، وكلامه.

والشم والذوق في معناه، فيلحق بها.

واختلفوا في طريق معرفة ذهابها:

قال أبو يوسف: لا يعرف الذهاب، بل القول فيه قول الجاني؛ لأنه المنكر، ولا يلزمه شيء، إلا إذا صدّقه الجاني، أو نكل عن اليمين.

وقيل: ذهاب البصر يعرفه الأطباء، فيكون قول رجلين عدلين حجة.

وقيل: يستقبل به الشمس مفتوح العين؛ فإن دمعت عينه.. علم أنها باقية، وإلا.. فلا.

وقيل: تلقى بين يديه حية؛ فإن هرب منها.. علم أنها باقية، وإلا.. فلا.

وطريق معرفة ذهاب السمع: أن يغافل، ثم ينادى؛ فإن أجاب.. علم أنها باقية، وإلا.. فذاهبة.

(**وفي اللحية**)؛ أي: في حلقها دية كاملة (**إن لم تنبت**)؛ لما فيه من إزالة كمال الجمال؛ لأن اللحية في أوانها من كمال الجمال.

وإن نبت حتى استوفى كما كان.. لا يجب شيء؛ لأنه لم يبق لفعل الجاني أثر، ولكنه يؤدب على ارتكابه المحرم؛ كما في الضربة التي لم يبق لها أثر في البدن.

ولو نبت اللحية أبيض.. فقد ذكر في «النوادر»: لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة في الحر؛ لأن الكمال: ببياض شعر اللحية.

وعندهما: يجب حكومة عدل.

وفي العبد: يجب حكومة عدل بالاتفاق؛ لأنه ينتقص به قيمة العبد.

واختلفت الروايات أيضاً في عدم نبات لحية العبد:

وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ.

ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة: يجب كمال الدية.

وفي ظاهر الرواية عنه: لا يلزمه شيء؛ لأن المقصود من العبد: الاستخدام دون الجمال، وهو لا يفوت بحلق اللحية، بخلاف الحر؛ لأن المقصود منه كمال الجمال.

وفي حلق الشارب: حكومة عدل، على ما سيأتي.

واختلفوا في لحية الكوسج، والأصح: أنه إن كان على ذقنه شعرات معدودة.. فليس في حلقه شيء؛ لأن وجودها يشنيه، ولا يزينه.

وإن كان ذلك على الخد والذقن جميعاً، ولكنه غير متصل.. ففيه [٧٤٢/ب] حكومة عدل.

وإن كان متصلاً.. ففيه كمال الدية؛ لأنه ليس بكوسج.

(وفي شعر الرأس)؛ أي: في حلقه: دية كاملة؛ لما فيه من إزالة كمال الجمال، ولهذا: يتكلف الأصلع في ستره.

وكذا: في قطع ظفيرة المرأة.

وفي جنايات «القنية» بعلامة «بخ»[1]: امرأة قطعت ذؤابتي امرأة أخرى عند الرأس، ومضت سنة، فلم تبلغ الذؤابتان النهاية القديمة، بل بقيت كما قطعت.. ففيها حكومة عدل.

«قب»[2]: قطع ذؤابة امرأته.. يستأنى حولاً؛ فإن نبتت.. فلا شيء عليه، وإن لم تنبت.. ففيه حكومة عدل، وهو اختيار الطحاوي.

ويستوي الخطأ والعمد في حلق اللحية وشعر الرأس فيما ذكر؛ من لزوم الدية؛ إذ لا يجب القصاص؛ لأنه عقوبة مقدرة، فلا تثبت رأياً، وإنما تثبت نصاً، والنص

---

(١) «بخ» رمز: برهان الفتاوى للبخاري، والمسألة في مخطوط «القنية» (٣٧٧).

(٢) «قب» رمز: فتاوى البرهاني للبخاري، والمسألة في مخطوط «القنية» (٣٧٧).

وَكَذَا: الحاجبانِ، والأَهدابِ، وَفِي الْعَينَيْنِ، وَفِي الْأُذُنَيْنِ، وَفِي الشَّفَتينِ، وَفِي ثديَيِ الْمَرْأَةِ، وَفِي الْيَدَيْنِ، وَفِي الرِّجلَيْنِ، وَفِي أَشفارِ الْعَينَيْنِ.

إنما ورد في النفس والجراحات، وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص حتى يلحق به دلالة؛ لأنه لم يتألم به، ولا يتوهم منه السراية، ويؤجل فيه سنة؛ فإن لم ينبت فيها.. وجبت الدية، ويستوي فيه الصغير والكبير، والذكر والأنثى؛ فإن مات قبل تمام السنة ولم ينبت.. فلا شيء عليه.

(وكذا الحاجبان)؛ أي: في حلقهما دية كاملة.

وفي أحدهما: نصف الدية.

(والأهداب) جمع هُدْب، وهو ما نبت من الشعر على أشفار العين، على وزن قفل وأقفال، كذا في «المصباح».

وأهداب العينين أربعة، ففي كلها: دية كاملة، وفي الاثنين منها: نصف الدية، وفي الثلاثة منها: ثلاثة أرباع الدية، وفي واحد منها: ربع الدية.

وهذا: لأنها يتعلق بها دفع الأذى والقذى عن العين، وتفويت ذلك ينقص البصر، ويورث العمى، وفيه أيضاً: تفويت كمال الجمال.

(وفي العينين): تمام الدية.

وفي أحدهما: نصف الدية.

(وفي الأذنين، وفي الشفتين، وفي ثديي المرأة، وفي اليدين، وفي الرجلين، وفي أشفار العينين)؛ أي: في كل منها: تمام الدية.

وفي واحد من كل واحد منها؛ مما كان اثنين: نصف الدية؛ لما ذكرناه.

الأشفار: جمع شُفْر؛ مثل قفل وأقفال، وهي: أطراف العين التي ينبت عليها الشعر، والعامة تجعل أشفار العين: الشعر، وهو غلط، وإنما الشعر: هو الأهداب، كذا في «المصباح».

والأشفار: أربع، ففي كل شفر: ربع الدية، وفي كلها: تمام الدية.

وَفِي كلِّ وَاحِدٍ مِمَّا هُوَ اثْنَانِ فِي الْبَدَنِ: نصفُ الدِّيَةِ.

وَمِمَّا هُوَ أَرْبَعَةٌ: ربُعُهَا.

وَفِي كلِّ إصْبعٍ مِن يَدٍ أَو رِجلٍ: عُشْرهَا.

وَفِي كلِّ مِفصَلٍ مِنْهَا مِمَّا فِيهِ مِفصَلَانِ: نصفُ عُشْرِهَا.

وَمِمَّا فِيهِ ثَلَاثَةٌ مفاصلَ: ثُلُثُهُ.

وَفِي كلِّ سنٍّ: نصفُ عُشرِهَا.

(**وفي** [٧٤٣/أ] **كل واحد مما هو اثنان في البدن**)؛ كالحاجبين، والعينين، والأذنين، والشفتين، والثديين، واليدين، والرجلين:

(**نصف الدية**).

(**ومما هو أربعة: ربعها**)، وهي: الأهداب، والأشفار.

(**وفي كل إصبع من يد أو رجل: عشرها**)؛ يعني: في كل من أصابع اليد وهي عشرة: تمام الدية، وفي قطع واحد منها: عشر الدية، وكذا في أصابع الرِّجل.

(**وفي كل مفصل منها**)؛ أي: من الأصابع (**مما فيه مفصلان: نصف عشرها، ومما فيه ثلاثة مفاصل: ثلثه**)؛ أي: ثلث دية الإصبع.

(**وفي كل سن: نصف عشرها**)؛ أي: عشر الدية، وهي: خمس من الإبل، فكانت الأعضاء خمسة أنواع:

منها: ما هو أفراد.

ومنها: ما هو اثنان.

ومنها: ما هو أرباع.

ومنها: ما هو أعشار؛ كالأصابع.

ومنها: ما هو زائد عليه؛ كالمفاصل والأسنان.

وكلُّ عُضْوٍ ذهبَ نَفعُهُ.. فَفِيهِ دِيَةٌ وَإِن كَانَ قَائِماً؛ كيدٍ شَلَّتْ، وَعَينٍ ذَهبَ ضَوؤُها.

(وكل عضو ذهب نفعه.. ففيه دية وإن) وصلية **(كان قائماً؛ كيد شُلّت، وعين ذهب ضوؤها)**؛ لأن الحكم يتعلق بتفويت جنس المنفعة، لا بتفويت الصورة.

* * *

(فَصْلٌ)

لَا قَوَدَ فِي الشِّجَاجِ إِلَّا فِي الْمُوَضِّحَةِ إِن كَانَت عمداً.

وفيهَا خطأً: نصفُ عُشْرِ الدِّيَةِ.

(فَصْلٌ)

(لا قود في الشِّجاج)، هي: بكسر الشين، جمع شجة؛ مثل: كلبة وكلاب، الشجة: الجراحة، وإنما تسمى بذلك إذا كانت في الوجه أو الرأس، كذا في «المصباح».

الشجاج عشرة - كما ذكر في الكتاب - لا قود في كلها.

(إلا في الموضحة إن كانت عمداً)؛ لما روي أن النبي ﷺ قضى بالقصاص في الموضحة، ولأنه يمكن أن ينهي السكين إلى العظم، فيتساويان، فيتحقق القصاص؛ لإمكان حفظ المماثلة.

بخلاف بقية الشجاج:

لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيها؛ لأنه لا حد تنتهي السكين إليه.

ولأن فيما فوق الموضحة: كسر العظم، ولا قصاص فيه؛ لقوله ﷺ: «لا قصاص في عظم». هذا رواية الحسن عن أبي حنيفة.

وفي ظاهر الرواية: يجب القصاص فيما دون الموضحة، على ما سيصرح به في الكتاب؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه؛ إذ ليس فيه كسر العظم، ولا خوف التلف؛ كالجائفة فيسبر غورها بمسبار، ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك، فيقطع منها مقدار ما قطع، فيتحقق استيفاء القصاص بذلك.

(وفيها)؛ أي: في الموضحة حال كونها (خطأ: نصف عشر الدية)؛ لقوله ﷺ: «في الموضحة: خمس من الإبل».

قال في «شرح النقاية» للقهستاني: والمتبادر أن يكون المشجوج غير أصلع، وإلا.. ففيها حكومة عدل؛ لأن جلده [٧٤٣/ب] أنقص زينة من غيره؛ كما في «الذخيرة».

وَهِي: الَّتِي توضِحُ الْعظمَ.

وَفِي الهاشمةِ - وَهِيَ: الَّتِي تهشِمُ الْعظمَ -: عُشْرُهَا.

وَفِي المُنقِلَةِ - وَهِيَ: الَّتِي تنقِلُ الْعظمَ -: عُشْرُهَا وَنصفُهُ.

وَفِي الآمَّةِ - وَهِيَ: الَّتِي تصلُ إِلَى أُمِّ الدِّمَاغِ -: ثلثُهَا.

وَكَذَا: فِي الْجَائِفَةِ؛ ....

(وهي)؛ أي: الموضحة: (التي توضح العظم)؛ أي: تبينه.

(وفي الهاشمة، وهي: التي تهشم)؛ أي: تكسر (العظم: عشرها)؛ أي: عشر الدية، وهي: عشرة من الإبل.

سواء كان أصلع، أو غيره؛ كذا في «شرح النقاية».

ثم ذكر نقلاً عن «المنتقى»: أنه لو كان أصلع.. ففيه أرش دون أرش الهاشمة.

وإنما لم يقيد الهاشمة وما بعدها بالخطأ كما قيد الموضحة؛ لأن كل شجة لا قود فيها.. فالعمد والخطأ فيه: سواء؛ كما في «الذخيرة».

(وفي المنقلة، وهي: التي تنقل)، من النقل والتحويل من موضع إلى موضع (العظم)؛ أي: بعد كسرها: (عشرها) راجع إلى الدية، (ونصفه) راجع إلى العشر؛ أي: فيها عُشر الدية ونصفُ عشر الدية، وهي: خمسة عشر من الإبل.

(وفي الآمة) بالمد (وهي: التي تصل إلى أم الدماغ)، وهي: الجلدة التي تحت العظم فوق الدماغ؛ كما في «الظهيرية»: (ثلثها)؛ أي: ثلث الدية؛ لما ورد فيه من الأحاديث.

وبعد الآمة شجة تسمى: «الدامغة» بالغين المعجمة، وهي التي تخرق الجلدة التي تسمى أم الدماغ، وتصل إلى الدماغ.. لم يذكرها محمد؛ لأن النفس لا تبقى بعدها حياً عادة، فتكون قتلاً لا شجة، ولهذا لم يذكرها المصنف.

(وكذا: في الجائفة)؛ أي: فيها ثلث الدية أيضاً؛ للحديث، وهي: التي تصل إلى الجوف.

فَإِن نَفذَتْ.. فهما: جائفتانِ، وَيجبُ ثلثاها.

وَفِي كلٍّ مِنَ:

الحارصةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي تشقُّ الْجلدَ.

والدامعةِ، وَهِي: الَّتِي تُخرِجُ مِنْهُ مَا يُشبهُ الدَّمعَ.

والداميةِ، وَهِي: الَّتِي تُسيلُ الدَّمَ.

والباضعةِ، وَهِي: الَّتِي تُبضِعُ الْجلدَ.

إنما غير الأسلوب فيها؛ حيث أتى باسم الإشارة؛ لأنها ليست من الشجاج؛ لأن الشجاج تختص بالرأس والوجه، على ما سيصرح به، فكان ذكرها في فصل الشجاج استطرادياً؛ فلذا غير الأسلوب.

(**فإن نفذت**) الجائفة إلى جانب آخر (.. **فهما**)؛ أي: ما في الجانبين: (**جائفتان**) إحداهما من جانب البطن، والأخرى من جانب الظهر.

(**ويجب ثلثاها**)؛ لأن في كل جائفة: ثلث الدية، فيكون في الجائفتين: ثلثاها.

(**وفي كل من الحارصة**) بالحاء المهملة بعدها راء وصاد مهملتين، (**وهي: التي تشق الجلد**)، ولا تخرج الدم.

(**والدامعة**) بالعين المهملة؛ لأن الدامغة بالغين المعجمة لم يذكرها في الكتاب على ما ذكرناه، وهي عطف على الحارصة، (**وهي: التي تخرج منه**)؛ أي: من البدن (**ما يشبه الدمع**)؛ أي: لا يسيل، بل يجتمع في موضع الجراحة؛ كالدمع في العين.

(**والدامية**) عطف على الدامعة والحارصة، (**وهي: التي تسيل الدم**)، فصار فوق الدامعة.

(**والباضعة، وهي:** [٧٤٤/أ] **التي تبضع**)؛ أي: تقطع (**الجلد**) مأخوذ من البضع، بمعنى: القطع.

والمتلاحمةِ، وَهِيَ: الَّتِي تَأْخُذُ فِي اللَّحْمِ.

والسِّمحاقِ، وَهِيَ: جلدَةٌ فَوقَ الْعظمِ تصلُ إِلَيْهَا الشَّجَّةُ.

حُكُومَةُ عدلٍ.

وَعَن مُحَمَّدٍ: فِيهَا الْقصاصُ كالموضحةِ.

والشِّجاجُ تخْتَصُّ بِالْوَجْهِ وَالرَّأْسِ.

(**والمتلاحمة، وهي: التي تأخذ في اللحم**)؛ أي: تقطعه بعد قطع الجلد.

(**والسمحاق**)، وهي: التي تصل إلى السمحاق، ثم بين السمحاق بقوله: (**وهي: جلدة فوق العظم، تصل إليها الشجة**)، تسمى هذه الشجة: سمحاقاً أيضاً.

(**حكومة عدل**) مبتدأ تقدم عليه خبره، وهو: قوله: «وفي كل من الحارصة»؛ أي: في كل من هذه الستة من الشجاج: حكومة عدل؛ إذ ليس فيها أرش مقدر شرعاً، ولا يمكن إهدارها بالكلية، فيجب فيها حكومة عدل، وهو مروي عن النخعي وعمر بن عبد العزيز، ورواه الحسن عن أبي حنيفة.

(**وعند محمد: فيها**)؛ أي: في الست المذكورة من الحارصة إلى السمحاق: (**القصاص**) في العمد؛ (**كالموضحة**)، وهو ظاهر الرواية.

وفي «الزيلعي»: وهو الأصح.

(**والشجاج تختص بالوجه والرأس**)، هي عشرة، ضابطها:

أن قطع الجلد لا بد منه في الشجة.

وبعد قطع الجلد:

إما أن يظهر الدم، أو لا.

والثاني: هو الحارصة، والأول:

إما أن يسيل الدم بعد الإظهار، أو لا.

والثاني: هو الدامعة، والأول.

والجائفةُ بالجوفِ وَالْجنبِ وَالظّهرِ.

وَمَا سوى ذَلِكَ: جراحاتٌ، وفيهَا حُكُومَةُ عَدلٍ، وَهِيَ: أَن يُقَوَّمَ عبداً بِلَا هَذَا الْأَثرِ، وَمَعَهُ؛ فَمَا نقصَ

إما أن يقطع بعض اللحم، أو لا.

والثاني: هو الدامية، والأول:

إما أن يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم، أو لا.

والثاني: هو الباضعة، والأول:

إما أن يظهر الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم، أو لا.

والثاني: هو المتلاحمة، والأول:

إما أن يقتصر على الإظهار، أو يتعدى، والأول: هو السمحاق، والثاني:

إما أن ينحصر على إظهار العظم، أو لا، والأول: هو الموضحة، والثاني:

إما أن يقتصر على كسر العظم، أو لا، والأول: هو الهاشمة، والثاني:

إما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله إلى الجلدة التي بين العظم والدماغ، أو لا، والأول: هو المنقلة، والثاني:

هو الآمة، وهي العاشرة.

كذا في «العناية».

(والجائفة) تختص (بالجوف، والجنب، والظهر) والصدر، أيضاً.

فعلى هذا: يكون ذكرها في فصل الشجاج استطراداً.

(وما سوى ذلك)؛ أي: الشجاج والجائفة مما كان في اليد والساق والرجل؛ (جراحات، وفيها حكومة عدل).

(وهي)؛ أي: حكومة عدل: (أن يقوَّم) من التقويم؛ أي: يقوم المجروح حال فرضه (عبداً بلا هذا الأثر) من الجراحة، (ومعه)؛ أي: يقوم مع هذا الأثر؛ (فما نقص

من قِيمَته.. وَجب نسبتُهُ مِن دِيَتِهِ وبِهِ يُفْتى.

من قيمته.. وجب نسبته)؛ أي: [٧٤٤/ب] مقدار نسبة ما نقص من قيمته (من ديته)، متعلق بـ«وجب».

توضيحه: أنه يفرض أن هذا الحر عبد، وقيمته بلا هذا الأثر: ألف درهم مثلاً، ومعه: تسعمائة؛ فما نقص من قيمته: مائة درهم، وهو عشر الألف التي هي قيمته، فيؤخذ عشر الدية، وهو ألف درهم؛ لأن الدية: عشرة آلاف درهم، وعُشره: ألف، فيؤخذ منها؛ لأن قيمة الحر: ديته.

وإن كان ما نقص من القيمة: ثلث عشر القيمة.. يجب ثلث عشر الدية.

وإن كان ربع عشر القيمة.. يجب ربع عشر الدية، وهكذا، وهذا التفسير: هو المروي عن الطحاوي.

(وبه يفتى)، على ما في «قاضي خان».

وقال الكرخي: ينظر: كم مقدار هذه الشجة من الموضحة، فيجب مقدار ذلك من نصف عشر الدية؛ يعني: أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً؛ فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة؛ فإن كان مقدارها: نصف الموضحة.. يجب فيها نصف أرش الموضحة.

وإن كان ثلث الموضحة.. وجب ثلث أرش الموضحة.

وإن كان ربع الموضحة.. يجب ربع أرش الموضحة.

وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة.. يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة.

قال شيخ الإسلام: قول الكرخي: أصح؛ لحديث علي؛ فإنه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار، ولم يعتبر بالعبيد كما اعتبره الطحاوي.

وأيضاً: لو اعتبر حكومة العدل بهذا الطريق الذي اعتبره الطحاوي.. فربما يكون نقصان القيمة أكثر من نصف عشر الدية، فيؤدي إلى أن يوجب في هذه

وَفِي أَصَابعِ الْيَدِ وَحدِهَا، أَو مَعَ الْكَفّ: نصفُ الدِّيَةِ.

ومَعَ نصفِ السَّاعدِ: نصفُ الدِّيَةِ وحكومةَ عدلٍ.

وَفِي كفٍّ فِيهَا إِصْبعٌ عُشْرُ الدِّيَةِ.

وَإِن فِيهَا إصبعانِ: فخمُسُها، وَلَا شَيْءَ فِي الْكَفّ.

الشجاج - مع كونها دون الموضحة -: أكثر مما أوجبه الشرع في الموضحة، وهو محال.

وقال الصدر الشهيد: ينظر المفتي في هذا:

إن أمكنه بقول الكرخي؛ بأن كانت الجناية في الوجه والرأس.. يفتي به.

وإن لم يتيسر عليه ذلك: بقول الطحاوي.

وإن شاء.. أفتى به؛ لأنه أيسر.

(**وفي أصابع اليد**) الواحدة (**وحدها، أو مع الكف: نصف الدية**)؛ يعني: أن الأرش لا يزيد بسبب الكف؛ لأنه تابع لها، بل الواجب فيها وحدها، ومع الكف: نصف الدية.

وهذا: لأن في كل إصبع عشر الدية؛ لقوله ﷺ: «في كل إصبع: عشر من الإبل»، فكان في خمس أصابع: خمسون من الإبل، وهو نصف الدية.

ولأن في قطع الأصابع: تفويت جنس منفعة [٧٤٥/أ] البطش، وهو الموجب للأرش، فوجب فيها ما وجب في الكف، وهو نصف الدية.

(**ومع نصف الساعد: نصف الدية، وحكومة عدل**)؛ الأول للأصابع مع الكف، والثاني للزيادة عليها.

(**وفي كف فيها إصبع**) واحدة: (**عشر الدية**) للإصبع.

(**وإن فيها إصبعان.. فخمسها**)؛ أي: خمس الدية للإصبعين.

(**ولا شيء في الكف**) عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: يجبُ الْأَكْثَرُ مِن أَرشِ الْكَفّ وديةِ الْإِصْبعِ والإِصبَعَينِ، وَيدخلُ الْأَقَلُّ فِيهِ.

(**وعندهما: يجب الأكثر من أرش الكف ودية الإصبع أو الإصبعين، ويدخل الأقل فيه**)؛ يعني: إذا كان في الكف إصبع أو إصبعان، فقطعهما.. يجب عشر الدية في الإصبع الواحدة، وخمسها في الإصبعين، ولا شيء في الكف عند أبي حنيفة.

وقالا: ينظر إلى أرش الكف وإلى أرش ما فيها من الأصابع، فيجب أكثرها، ويدخل القليل في الكثير؛ لأن:

الجمع بين الأرشين متعذر إجماعاً؛ لأن الكل شيء واحد؛ فضمان الإصبع: هو ضمان الكف، وضمان الكف: هو ضمان الإصبع.

وكذا: إهدار أحدهما متعذر؛ لأن كل واحد منهما أصل من وجه؛ أما الكف: فلأن الأصابع قائمة به، وأما الأصابع: فلأنها هي الأصل في منفعة البطش؛ فإذا كان كل واحد منهما أصلاً من وجه.. رجحنا بالكثرة.

ولأبي حنيفة: أن الأصابع:

أصل حقيقة؛ لأن منفعة اليد - وهي البطش والقبض والبسط - قائمة بها.

وكذا حكماً؛ لأنه ﷺ جعل الدية بمقابلة الأصابع؛ حيث أوجب في اليد نصف الدية، ثم جعل في كل إصبع عشراً من الإبل، ومن ضرورته: أن يكون كلها بمقابلة الأصابع دون الكف، والأصل أولى بالاعتبار وإن قلّ، ولا يظهر التبع بمقابلة الأصل، ولا تعارض حتى يصار إلى الترجيح بالكثرة.

ولئن تعارضا.. فالترجيح بالأصل حقيقة وحكماً: أولى من الترجيح بالكثرة.

وعلى هذا: لو كان في الكف مفصل واحد من إصبع واحدة.. يجب أرش المفصل عند أبي حنيفة في ظاهر الرواية عنه.

ولا يجب في الكف شيء؛ لأن أرش ذلك المفصل مقدر شرعاً، وما بقي من

وَإِن فِيهَا ثَلَاثُ أَصَابعَ.. فديَةُ الْأَصَابعِ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَعشارٍ إِجْمَاعاً.

وَفِي الْإِصْبعِ الزَّائِدَةِ: حُكُومَةٌ.

الأصل - أي الأصابع - فهو أولى وإن قل، ولا يظهر حكم التبع معه وهو الكف وإن كثر.

وروى الحسن عنه: أن الباقي إذا كان دون إصبع.. يعتبر أكثرها أرشاً؛ لأن أرش ما دون الإصبع غير منصوص عليه، وإنما ثبت اعتباراً بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد، وكونه أصلاً باعتبار النص؛ فإذا لم يرد النص في أرش [٧٤٥/ب] مفصل ولا مفصلين.. اعتبرنا فيه الأكثر.

والأصح: ظاهر الرواية؛ لأن أرشه ثبت بالإجماع، وهو كالنص.

ولو لم يكن في الكف إصبع، ولا بعضها.. يجب عليه حكومة عدل، لا يبلغ أرش إصبع؛ لأن قيمة التبع لا تبلغ قيمة المتبوع.

(وإن) كان (فيها)؛ أي: في الكف (ثلاث أصابع.. فدية الأصابع) الثلاث، (وهي: ثلاثة أعشار) الدية؛ لأن في كل إصبع: عشر الدية، وفي الأصابع الثلاث: ثلاثة أعشار.

ولا يجب في الكف شيء (إجماعاً)؛ لأن الأصابع أصل على ما ذكرناه، وللأكثر حكم الكل، فاستتبعت الكف؛ كما إذا كانت كلها قائمة.

بخلاف ما إذا كانت إصبعاً أو إصبعين؛ لأنه ليس في حكم قيام كل الأصابع؛ لكون القائم أقل، ولهذا وقع الاختلاف بينهم كما تقدم.

(وفي) قطع (الإصبع الزائدة: حكومة) عدل؛ عمداً كان أو خطأ؛ لأنها جزء الآدمي، فيجب فيها الأرش؛ تشريفاً له، وليس له أرش مقدر، فيجب حكومة عدل وإن لم يكن له نفع ولا زينة؛ كما في السن الزائدة، ولا يجب فيها القصاص وإن كان للقاطع إصبع زائدة أيضاً؛ لعدم العلم بالمماثلة بينهما، وهو شرط في القصاص.

وَكَذَا فِي: الشَّارِبِ، ولحيةِ الكَوسَجِ، وثديِ الرَّجُلِ، وَذَكَرِ الْخصيّ والعنِّينِ، ولسانِ الْأَخْرَسِ، وَالْيَدِ الشَّلَّاءِ، وَالْعينِ العَوراءِ، وَالرِّجلِ العَرجاءِ، وَالسِّنِّ السَّوْدَاءِ.

وَكَذَا فِي: عينِ الطِّفْلِ، وَلسَانِهِ، وَذَكَرِهِ.. إِذا لم تُعلَم صِحَّةُ ذَلِكَ بِمَا يدلُّ على: إِبصارِهِ، وتحرُّكِ ذَكَرِهِ، وَكَلَامِهِ.

(وكذا: في الشارب ولحية الكوسج)؛ أي: فيهما حكومة عدل، لكن في لحية الكوسج اختلاف:

قيل: لا شيء فيه مطلقاً.

وقيل: فيه حكومة عدل مطلقاً.

والأصح: التفصيل:

بأنه إن كان على ذقنه شعرات معدودة.. فلا شيء فيه.

وإن كان ذلك على الخد والذقن جميعاً، ولكنه غير متصل.. ففيه حكومة عدل.

وإن كان متصلاً.. ففيه كمال الدية؛ لأنه ليس بكوسج.

(وثدي الرجل)، بخلاف ثدي المرأة؛ لأن فيه الدية على ما تقدم.

(وذكر الخصي والعنين، ولسان الأخرس، واليد الشلاء، والعين العوراء، والرِّجل العرجاء، والسن السوداء)؛ أي: في جميعها حكومة عدل؛ لما ذكر.

(وكذا: في عين الطفل، ولسانه، وذكره؛ إذا لم تعلم صحة ذلك)؛ أي: عينه ولسانه وذكره.

(بما يدل على إبصاره) في عينه، (وتحرك ذكره) في صحة ذكره، (وكلامه) في صحة لسانه.

وإن علم ذلك بالبينة، أو بإقرار الجاني.. كان حكمه حكم البالغ.

وإن أنكر الجاني ولم يقم به بينة.. فالقول قول الجاني.

وَإِن شَجَّ رجلاً فَذهبَ عقلُهُ أَو شَعْرُ رَأسِهِ.. دخلَ أَرشُ الْمُوضحَةِ فِي الدِّيَةِ.

وَإِن ذهبَ سَمعُهُ، أَو بَصَرُهُ، أَو كَلَامُهُ.. لَا يدْخلُ.

وكذا: إذا قال: لا أعرف صحته.. لا يجب عليه الأرش كاملاً [٧٤٦/أ] إلا بالبينة.

وقال الشافعي: يجب الدية كاملاً كيفما كان، إلا إذا عرفت أنها غير صحيحة؛ لأن الغالب فيه الصحة، فأشبه الأذن والمارن.

قلنا: الظاهر: ليس بصالح للاستحقاق، وإنما يصلح للدفع.

(**وإن شج رجلاً**) موضحة (**فذهب عقله، أو شعر رأسه.. دخل أرش الموضحة في الدية**)؛ لأن فوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء، فيدخل أرشها في دية العقل؛ كما دخل في دية النفس فيما إذا شج موضحة ثم قتل، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، حتى لو نبت.. يسقط، وتجب الدية بفوات كل الشعر، وقد تعلقا بسبب واحد - وهو فوات الشعر - فيدخل الجزء في الكل؛ كما إذا قطع إصبع رجل فشلت يده كلها.

ولا فرق في هذا: بين أن تكون الجناية عمداً، أو خطأ؛ كذا في «الزيلعي».

(**وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه.. لا يدخل**)؛ أي: لو شجه موضحة فذهب أحد هذه الأشياء.. لا يدخل أرش الموضحة في أرش هذه الأشياء عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يدخل أرش الموضحة في دية السمع والكلام، ولا يدخل في دية البصر؛ لأنها ظاهر، فلا يلحق بالعقل، فلا يدخل فيه أرش الموضحة.

بخلاف السمع والكلام.. فإنهما مبطنان، فيلحقان بالعقل، فيدخل فيهما أرش الموضحة؛ كما يدخل في دية العقل.

ولهما: أن كل واحد من هذه المنافع أصل بنفسه، فيتعدد الحكم بتعددها، ولا

وَإِن ذهبَ بهَا عَيناهُ.. فَلَا قِصاصَ، وَيجبُ أَرْشُهَا، وَأَرشُ الْعَينَيْنِ.
وَعِنْدَهُمَا: الْقصاصُ فِي الْمُوضحَةِ.
وَالدِّيةُ فِي الْعَينَيْنِ.

يدخل بعضها في بعض؛ لأن العبرة لتعدد أثر الفعل، لا لاتحاد الفعل، بخلاف العقل؛ لأن منفعته تعود إلى كل الأعضاء، فصار كالنفس.

(**وإن ذهب**)؛ أي: إن شجه موضحة وذهب (**بها**)؛ أي: بالشجة الموضحة (**عيناه.. فلا قصاص، ويجب أرشها**)؛ أي: أرش الموضحة، (**وأرش العينين**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يجب القصاص في الموضحة**) إن كان عمداً، (**والدية في العينين**).

والأصل ههنا عند أبي حنيفة: أن الفعل الواحد إذا أوجب مالاً في البعض.. سقط القصاص؛ سواء كانا عضوين أو عضواً واحداً.

وعندهما: في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال، وإن كان عضواً واحداً.. لا يجب.

لهما: أن الفعلين وقعا في محلين مختلفين، فيكون جنايتين؛ لأن الفعل يتعدد بتعدد أثره، فكان كجنايتين مبتدأتين، والشبهة في أحدهما لا تتعدى إلى الأخرى؛ كمن رمى إلى رجل سهماً عمداً فأصابه ونفذ السهم إلى غيره فقتله [٧٤٦/ب]: يجب القصاص في الأول، والدية في الثاني.

ولأبي حنيفة: أن الجزاء بالمثل، والجرح الأول سار، وليس في وسعه الجرح الساري، فيسقط القصاص؛ لعدم اعتبار المماثلة بينهما، ويجب المال، ولأن الفعل واحد حقيقة، وهي الحركة الثابتة حالة الشج، وكذا محل الجنايتين متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر، ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق، فأورثت نهايتها شبهة الخطأ في بدايتها؛ نظراً إلى اتحادهما، فلم يجب القصاص.

بخلاف النفسين؛ لأن أحدهما: ليس من سراية الآخر؛ فإن العقل في النفس

وَلَا قِصاصَ فِي إِصْبعٍ قُطِعَتْ فَشَلَّتَ أُخْرَى.

وَعِنْدَهُمَا: يقْتَصُّ فِي المقطوعةِ، وَتجبُ الدِّيَةُ فِي الْأُخْرَى.

وَلَو قطعَ مِفصَلَها الأعلى، فَشلَّ مَا بَقِيَ.. فَلَا قِصاصَ، بلِ الدِّيَةُ فِيمَا قُطِعَ، وحكومُة عَدل فِيمَا شَلَّ.

وَلَا لَو كَسَرَ نصفَ سنٍّ فاسودَّ بَاقِيهَا، بل دِيَةُ السِّنِّ كلِّهَا.

الثابتة بطريق المباشرة على حدة: ليس من سراية الجناية على النفس الأولى؛ كما هو كذلك فيما نحن فيه؛ إذ لا يتصور السراية من نفس إلى نفس أخرى، فتجعل كل واحد منهما جناية مستقلة، فتعدد الجناية؛ لأن السراية إنما يتصور في نفس واحدة، لا في نفسين.

وبخلاف ما إذا وقع السكين خطأ باضطرابه على إصبع آخر فقطعه؛ لأن القطع في الإصبع الآخر: ليس بالفعل الأول، ولا بأثره، بل بفعل آخر مقصود، فتفرد بحكمه.

(ولا قصاص في إصبع قطعت) عمداً (فشلت) إصبع (أخرى) جنبها، بل يجب دية كل من الإصبعين؛ لأنهما عضوان مستقلان، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يقتص في المقطوعة، وتجب الدية في الأخرى)، ووجه الطرفين: ما ذكر في المسألة الأولى من الطرفين.

(ولو قطع مفصلها الأعلى، فشل ما بقي) من الإصبع (.. فلا قصاص) بالاتفاق، (بل الدية فيما قطع، وحكومة عدل فيما شل)؛ لأنه لا يمكن أن يجعل فعلين مبتدأين؛ لاتحاد المحل والفعل.. فلا وجه لإيجاب القصاص أصلاً، فتجب الدية في المفصل؛ لكونه مقدراً شرعاً، وحكومة عدل فيما شل؛ لعدم التقدير فيه شرعاً.

(ولا) قصاص أيضاً (لو كسر نصف سن فاسودّ باقيها، بل دية السن كلها) بالإجماع، كذا في «الكافي» و«الزيلعي» و«الهداية».

وَكَذَا: لَوِ احمرَّ، أَوِ اصفرَّ، أَو اخضرَّ.

وَلَوِ اسودَّت كلُّهَا بضربةٍ وَهِيَ قَائِمَةٌ.. فَالدِّيَةُ فِي الْخَطَأ: على الْعَاقِلَةِ، وَفِي الْعمد: فِي مَالِهِ.

وَلَو قُلِعَت سِنُّ رجلٍ فَنَبَتَ مَكَانَهَا أُخْرَى.. سَقَطَ أَرْشُهَا.

خلافاً لَهما.

(وكذا: لو احمرّ أو اصفرّ أو اخضرّ).

قال في «الخلاصة»: ثم فيهما إذا اخضرت أو اسودت أو احمرت.. إنما تجب الدية إذا فات منفعة المضغ، وإلا: فلو كان السن مما يرى في حال التكلم.. يجب الدية أيضاً، وإلا.. فلا شيء.

فعلى هذا: لا يبقى كلام «الكافي» و«الزيلعي» و«الهداية» على إطلاقه.

ثم المصنف لم يفرق بين الاصفرار وغيره من الألوان المذكورة، ومنهم من [٧٤٧/أ] فرق.

والأصح: ما اختاره المصنف من عدم الفرق.

(ولو اسودت كلها بضربة، وهي)؛ أي: السن (قائمة.. فالدية في الخطأ: على العاقلة، وفي العمد: في ماله).

قال في «قاضي خان»: رجل ضرب سن رجل فاسودّ، فجاء آخر فنزعها.. كان على الأول: أرش تمام خمسمائة، وعلى الثاني: حكومة عدل.

(ولو قلعت سن رجل فنبت مكانها أخرى.. سقط أرشها) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: يجب عليه أرش السن كاملاً؛ لأن الجناية وقعت موجبة له، والذي نبت: نعمة مبتدأة من الله تعالى، فصار كما لو أتلف مال إنسان، فحصل للمتلف عليه مال آخر؛ فإنه لا يسقط عن المتلف الضمان.. فكذا هذا.

ولأبي حنيفة: أن الجناية قد زالت معنى، ولهذا: لو قلع سن صبي فنبت مكانها

وَفِي سِنِّ الصَّبِيِّ: يسْقط الأرشَ إِجْمَاعاً.

وَإِن أَعَادَ الرَّجُلُ سِنَّهُ المقلوعةَ إِلَى مَكَانِهَا، فنبت عَلَيْهَا اللَّحْمُ.. لَا يسْقطُ أَرْشُهَا إِجْمَاعاً.

وَكَذَا: لَو قطعَ أُذُنَهُ فأَلصقَها فالتحمَت.

وَمَن قُلِعَت سنُّهُ فاقتصَّ مِن قالعِها، ثمَّ نَبتَ.. فَعَلَيهِ دِيَةُ سنِّ الْمُقْتَصِّ مِنْهُ.

أخرى.. لا يلزمه شيء بالإجماع، وهذا: لأن الموجب فسادُ المنبت، ولم يفسد حيث نبت مكانها سن أخرى، فلم تفت المنفعة به، ولا الزينة.

وعن أبي يوسف: أنه تجب حكومة العدل؛ لمكان الألم الحاصل.

هذا إذا نبت مثل الأولى، وإن نبت معوّجة.. فعليه حكومة عدل عند أبي حنيفة.

ولو نبت إلى النصف.. فعليه نصف الأرش.

(**وفي سن الصبي: يسقط الأرش إجماعاً**).

والفرق: أن سن الصبي يخرج وينبت مكانها أخرى غالباً.

(**وإن أعاد الرجل سنه المقلوعة إلى مكانها، فنبت عليها اللحم.. لا يسقط أرشها إجماعاً**)؛ لأن هذا الالتحام لا يعتد به؛ إذ العروق لا تعود.

وفي «النهاية»: قال شيخ الإسلام: هذا إذا لم تعد إلى حالتها الأولى بعد النبات في المنفعة والجمال، وأما إذا عادت.. فلا شيء عليه؛ كما لو نبت.

(**وكذا: لو قطع أذنه فألصقها فالتحمت**)؛ أي: لا يسقط أرشها إجماعاً؛ لما ذكرناه.

(**ومن قلعت سنه فاقتص من قالعها، ثم نبت**) سن المقتص به (**.. فعليه**)؛ أي: على المقتص له: (**دية سن المقتص منه**)؛ لأن بالنبات تبين أنه استوفى بغير حق؛ لأن الموجب فساد المنبت، ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى، وانعدمت الجناية

ويُستأَنَى فِي اقتصاصِ السِّنِّ والموضحَةِ:

حولاً.

وكَذَا: لَو ضَرَبَ سِنَّهُ فتحرَّكَت؛ فَلَو أَجَّلَهُ القَاضِي فجَاءَ الْمَضْرُوبُ وَقد سَقَطَت سنُّهُ، فاختلفا فِي سَبَبِ سُقُوطِهَا؛ فَإِن قَبلَ مُضِيّ السّنةِ.. فَالْقَوْلُ للمضروبِ.

(ويستأنى)؛ أي: يؤجل (في اقتصاص السن و)، الشجة (الموضحة حولاً)؛ فإذا مضى الحول ولم ينبت السن ولم تبرأ الموضحة.. قضينا بالقصاص.

ثم إذا نبت.. تبين أنه أخطأنا فيه، وكان الاستيفاء بغير حق، غير أنه يسقط القصاص للشبهة، فتجب الدية على المقتص له للمقتص منه.

وفي «النهاية»: الصحيح: أنه يستأنى في سن البالغ حتى [٧٤٧/ب] يبرأ؛ لأن نباته نادر، فلا يفيد تأجيله إلى سنة، فيؤخر إلى البرء؛ لتعلم عاقبته.

وقال في «قاضي خان»: ولو ضرب سن إنسان فتحرك.. ينتظر حولاً، وإن سقطت.. لا ينتظر حولاً، إلا أن يكون صبياً؛ فينتظر حولاً؛ لأن سن البالغ لا ينبت إلا نادراً، وسن الصبي ينبت، فينتظر حولاً؛ فإن لم ينبت.. كان عليه أرشها.

وقال الحسن: يجب حكومة عدل، وبه أخذ الفقيه أبو الليث. انتهى.

(وكذا)؛ أي: يؤجل حولاً (لو ضرب سنه فتحركت)، وهذا ما ذكرناه من «قاضي خان».

(فلو أجله)؛ أي: (القاضي) حولاً، (فجاء المضروب وقد سقطت سنه، فاختلفا في سبب سقوطها؛ فإن) كان الاختلاف (قبل مضي السنة.. فالقول للمضروب) في أنه سبب السقوط ضرب الضارب، وهذا: ليفيد التأجيلُ؛ لأن التأجيل سنة ليظهر عاقبة الأمر؛ فلو لم يقبل قول المضروب.. كان التأجيل وعدمه سواء.

بخلاف ما إذا شجه موضحة، فجاء المشجوج وقد صارت منقلة، واختلفا؛ حيث يكون القول فيه للضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة؛ أما تحريك السن..

وَإِن بعدَ مضيِّها.. فللضَّارِبِ.

وَلَو شجَّ رجلاً فالتحَمَتْ وَنبتَ الشّعَرُ وَلم يبْقَ لَهَا أَثرٌ.. يسْقطُ الْأَرْشُ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يجبُ أَرشُ الْأَلَمِ، وَهُوَ: حُكُومَةُ عدلٍ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: أُجْرَةُ الطَّبِيبِ.

وَكَذَا: لَو جَرَحَهُ بِضَرْبٍ فَزَالَ أَثَرُهُ.

وَإِن بقِيَ.. فَحُكُومَةُ عدلٍ بِالْإِجْمَاع.

يؤثر في السقوط، فافترقا.

(وإن) كان (بعد مضيها.. فللضارب)؛ لأنه منكر، وقد مضى الأجل الذي ضرب، فيكون القول له.

(ولو شج رجلاً، فالتحمت، ونبت الشعر، ولم يبق لها)؛ أي: للشجة (أثر.. يسقط الأرش) عند أبي حنيفة؛ لأن الموجب هو الشان الذي يلحقه بفعله أو زوال منفعته، وقد زال ذلك بزوال أثره، والمنافع لا تتقوم إلا: بالعقد؛ كالإجارة الصحيحة، أو شبه العقد؛ كالإجارة الفاسدة، ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني، فلا يلزمه الغرامة.

وكذا: مجرد الألم لا يوجب شيئاً؛ لأنه لا قيمة له.

(وعند أبي يوسف: يجب أرش الألم، وهو حكومة عدل)؛ لأن الشان الموجب وإن زال.. فالألم الحاصل لم يزل.

(وعند محمد: أجرة الطبيب)، وثمن الدواء؛ لأن ذلك لزمه بفعله، فصار كأنه أخذ ذلك من ماله وأعطاه الطبيب والدواء.

(وكذا: لو جرحه بضرب فزال أثره)؛ أي: يسقط أرش الضرب عند أبي حنيفة، ويجب أرش الألم عند أبي يوسف، وأجرة الطبيب وثمن الدواء عند محمد.

(وإن بقي) أثره؛ أي: أثر الشجة والجراحة (.. فحكومة عدل بالإجماع)؛ لما فيه

وَلَا يُقْتَصُّ لجُرحٍ أَو طرفٍ أَو مُوضحَةٍ إِلّا بعدَ الْبُرْءِ. وكُلُّ عمدٍ سقطَ فِيهِ الْقَوَدُ لشُبْهَةٍ؛ كَقَتلِ الْأَبِ ابْنَهُ.. فَالدِّيَةُ فِيهِ فِي مَالِ الْقَاتِلِ.

نوع وتفويت أجزاء، وليس له شيء مقدر شرعاً، ولا إهدار بالكلية أيضاً، فتلزم الحكومة [٧٤٨/أ].

ولو ضربه ولم يجرح.. ليس فيه غرامة مالية؛ لعدم تفويت شيء من الأجزاء، ولكن فيه تعزير؛ لما فيه من إلحاق الألم، فيعزر؛ لعدم الإهدار.

(ولا يقتص لجرح أو طرف)؛ كقلع السن أو قطع الأذن.

(أو موضحة)؛ أي: شجة موضحة (إلا بعد البرء).

وقال الشافعي: يقتص منه في الحال؛ اعتباراً بالقصاص في النفس؛ لأن الموجب قد تحقق، فلا يعطل بالتأخير.

ولنا: قوله ﷺ: «يستأنى في الجراحات سنة»، ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها؛ لأن حكمها في الحال: غير معلوم؛ فلعلها تسري إلى النفس، فيظهر أنه قتل، وإنما يستقر الأمر بالبرء.

(وكل عمد سقط فيه القود لشبهة؛ كقتل الأب ابنه) عمداً (.. فالدية فيه في مال القاتل) في ثلاث سنين.

وقال الشافعي: تجب حالَّة؛ لأن الأصل: أن ما يجب بالإتلاف: يجب حالاً، والتأجيل للتخفيف في الخاطئ، وهذا عامد، فلا يخفف عنه، ولأن المال وجب عليه جبراً لحق الابن المقتول في نفسه، وحقه في نفسه حال، فلا ينجبر بالمؤجل.

ولنا: أنه مال وجب بالقتل ابتداء، فيكون مؤجلاً؛ كدية الخطأ وشبه العمد، وهذا: لأن القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال؛ لعدم التماثل، والتقويم ثبت شرعاً على خلاف القياس، وقد ورد به الشرع مؤجلاً لا معجلاً، فلا يعدل عنه، لا سيما إلى زيادة، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً.. لا يجوز وصفاً أيضاً.

وَعمدُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ: خطأٌ، وديتُهُ على عَاقِلَتِهِ.
وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ، وَلَا حرمَانَ إِرْثٍ.
وَالْمَعْتُوهُ: كَالْمَجْنُونِ.

وكذا: كل أرش وجب بالصلح، فهو في مال القاتل حالاً؛ لقوله ﷺ: «لا تعقل العواقل عمداً، ولا اعترافاً».

وإنما وجب حالاً؛ لأنه مال وجب بعقد الصلح، فأشبه الثمن في المبيع؛ فإنه وجب حالاً، إلا إذا شرط فيه التأجيل.

بخلاف ما تقدم في مسألة الكتاب؛ فإن المال فيه وجب بالقتل ابتداء، لا بعقد الصلح، فوجب في ثلاث سنين.

وكذا: كل جناية اعترف بها الجاني.. فأرشها في مال الجاني لا على العاقلة؛ لما روينا، ولأنه لو وجب في مال العاقلة.. لكان إقراراً على الغير، وذا لا يجوز؛ لقصور ولايته عن العاقلة، فلا يتعدى إقراره من نفسه إليهم.

وكذا: كل أرش كان أقل من نصف عشر الدية.. فهو في مال الجاني؛ لأنه لا يؤدي إلى الإجحاف والاستئصال [٧٤٨/ب] بالجاني، وتحمُّلُ العاقلة عن: لخوف الاستئصال به، فلا حاجة إلى تحمل العاقلة عنه؛ كذا في «الزيلعي».

(وعمد الصبي والمجنون: خطأ، وديته على عاقلته، ولا كفارة فيه، ولا حرمان إرث، والمعتوه: كالمجنون).

وقال الشافعي: عمده: عمد، فتجب الدية في ماله؛ لأن العمد هو القصد، وهو ضد الخطأ، وقد تحقق منه القصد، ولهذا يؤدب ويعزر، والتعزير يكون على العمد لا على الخطأ، وكان ينبغي أن يجب القصاص، إلا أنه سقط للشبهة؛ لأنهم ليسوا من أهل العقوبة، فيجب عليهم موجبه الآخر وهو المال؛ لأنهم أهل لوجوبه عليهم، فصار نظير السرقة؛ فإنهم إذا سرقوا.. لا تقطع أيديهم، ويجب عليهم ضمان المال لما قلنا.

ولهذا: وجب عليهم التكفير بالمال؛ لأنهم أهل للغرامة المالية دون الصوم؛ لعدم الخطاب، ولهذا يحرم الميراث عنده بالقتل العمد.

ولنا: أن صبياً مال على رجل ضعيف فضربه، فرفع ذلك إلى علي، فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة، وقال: عمده خطأ، وخطؤه سواء، ولأن الصبي مظنة المرحمة، والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته.. فهؤلاء وهم أعذر: أولى بالتخفيف، فتجب على العاقلة إذا كان الأرش الواجب قدر نصف العشر أو أكثر.

بخلاف ما دونه؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال؛ كما في البالغ العاقل، ولا نسلم تحقق العمد منهم؛ لأنه عبارة عن القصد، وهو يترتب على العلم، والعلم بالعقل الكامل، وهو عديم العقل أو قاصره.. فلا يتحقق منهم القصد، فصاروا كالنائم.

وحرمان الميراث: عقوبة، وهم ليسوا من أهل العقوبة، والكفارة - كاسمها -: ستارة للذنب، ولا ذنب لهم تستره؛ لأنهم مرفوع القلم.

* * *

(فَصْلٌ)

وَمَن ضَرَبَ بطنَ امْرَأةٍ فَأَلْقَت جَنِيناً مَيّتاً.. فعلى عَاقِلَتِهِ: غرَّةٌ؛ خَمْسمِائَةِ دِرْهَمٍ.

(فَصْلٌ)

(ومن ضرب بطن امرأة) حرة؛ لأن حكم الأمة سيأتي بيانه، (فألقت) تلك المرأة (جنيناً) على وزن: «دليل»، هو: اسم ولد ما دام في الرحم، كذا في «المغرب».

قيل: سمي بذلك لاستتاره؛ فإذا ولد.. فهو منفوس؛ كذا في «المصباح».

(ميتاً.. فعلى عاقلته)؛ أي: عاقلة الضارب: (غرة)، الغرة: الخيار من المال؛ كالفرس، والبعير، والنجيب، والعبد والأمة الفارهة.

وقيل: إنما سمي ما يجب في الجنين من الأرش غرة: لأنها أول مقدر ظهر في باب الدية، وغرة الشيء: أوله؛ كما سمي أول الشهر: غرة.

ثم بين الغرة [٧٤٩/أ] بقوله: (خمسمائة درهم)؛ سواء كان الجنين ذكراً أو أنثى.

وفسر بعضهم الغرة: بنصف عشر الدية، وقالوا: هذا في الذكر، وفي الأنثى: عشر دية المرأة، وكل منهما خمسمائة درهم؛ لأن نصف العشر من دية الرجل - وهي عشرة آلاف درهم - هو العشر من دية المرأة، وهي: خمسة آلاف درهم، وهذا استحسان.

والقياس: أن لا يجب في الجنين شيء؛ لأنه لم يتيقن بحياته، والظاهر: لا يصلح حجة للاستحقاق.

ولهذا: لا يجب في جنين البهيمة شيء، إلا نقصان الأم إن نقصت الأم، وإلا.. فلا يجب شيء أصلاً؛ كما في «الخانية»؛ حيث قال فيها: ولو ضرب بطن بهيمة فألقت جنيناً ميتاً.. فإنه لا يضمن في الجنين شيئاً، ويضمن نقصان الولادة إن نقصتها الولادة.

فَإِن أَلقَتْهُ حَيّاً فَمَاتَ. فديَةٌ.

وَإِن مَيِّتاً وَمَاتَت الْأُمُّ.. فغرَّةٌ ودِيَةٌ.

وَإِن مَاتَت فأَلقَتْهُ حَياً فَمَاتَ.. فديتُها وديتُهُ.

وَإِن مَيتاً.. فديتُها فَقَط.

والقياس: أنه يجب كمال الدية؛ لأنه بضربه منع حدوث الحياة فيه، فيكون بذلك كالمزهق للروح، ولهذا المعنى.. وجب قيمة ولد المغرور؛ فإنه منع من حدوث الرق فيه.

وكذا: وجب قيمة بيض الصيد بكسره.

وجه الاستحسان: ما روي أن امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ، فقضى: أن دية جنينها غرة: عبد أو أمة، قيمته خمسمائة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها، رواه في «الصحيحين».

(فإن ألقته حياً، فمات.. فدية) كاملة؛ لأنه أتلف آدمياً خطأً أو شبه عمد، فيجب فيه الدية الكاملة.

(وإن) ألقته (ميتاً وماتت الأم.. فغرة) للجنين الميت، (ودية) كاملة للأم؛ لما ذكرناه.

(وإن ماتت) الأم أولاً، (فألقته حياً فمات.. فديتها وديته)؛ أي: تجب عليه ديتان: دية الأم، ودية الجنين؛ لأنه قتلهما، فصار كما إذا ألقته حياً وماتا.

(وإن) ألقته بعد موتها (ميتاً.. فديتها فقط)؛ أي: تجب دية الأم، لا دية الجنين؛ لأن موت الأم مسبب لموته ظاهراً؛ لأن حياته بحياتها، وتنفسه بتنفسها، فيختنق بموتها.. فلا يكون في معنى ما ورد فيه النص.

ولم يذكر حال جنينين ميتين، وذكر في عتاق «الأشباه»: لو ضرب بطن امرأة فألقت جنينين، فخرج أحدهما قبل موتها، والآخر بعد موتها وهما ميتان.. ففي الأول: غرة فقط. انتهى.

وَمَا يجبُ فِي الْجَنِينِ: يُورَثُ عَنهُ.

وَلَا يَرِثُ مِنْهُ الضَّارِبُ.

وَفِي جَنِينِ الْأَمَةِ: نصفُ عُشرِ قِيمَتِهِ لَو ذكراً، وَعشرُ قِيمَتِهِ لَو أُنْثَى.

(**وما يجب في الجنين: يورث عنه**)؛ أي: عن الجنين؛ أي: يرثه ورثته؛ لأنه بدل نفسه، فيرثه ورثته.

(**ولا يرث منه الضارب**) [٧٤٩/ب]؛ فلو ضرب بطن زوجته فألقت جنيناً ميتاً.. فعلى عاقلة الأب: غرة، ولا يرث منها الزوج، وإنما يرث باقي الورثة.

(**وفي جنين الأمة: نصف عشر قيمته**)؛ أي: قيمة الجنين على تقدير كونه حياً (**لو**) كان الجنين (**ذكراً، وعشر قيمته لو**) كان (**أنثى**)، وقال: يجب فيه عشر قيمة الأم؛ لأنه جزء منها، وضمان الأجزاء: يؤخذ مقداره من الأصل، ولهذا وجب في جنين الحرة: عشر ديتها بالإجماع، وهو الغرة.

ولنا: أنه بدل نفسه، فلا يقدر بغيره؛ إذ لا نظير له في الشرع، والدليل على أنه بدل نفسه لا ضمان الأطراف: أنهم أجمعوا على أنه لا يشترط فيه نقصان الأصل، ولو كان ضمان الطرف.. لم يجب فيه شيء إلا نقصان الأصل إن نقص الأصل، وإلا.. فلا يجب شيء أصلاً؛ فإذا كان ضمان النفس.. كانت ديته مقدرة بنفس الجنين، لا بنفس غيره؛ كما في سائر المضمونات.

ولا نسلم أن الغرة في جنين الحرة مقدرة بدية الأم، بل بدية نفس الجنين أن لو كان حياً، فيجب نصف عشر دينه إن كان ذكراً، وعشر ديته إن كان أنثى، فكذا: في جنين الأمة: تجب تلك التسمية من قيمته؛ لأن كل ما كان مقدراً من دية الحر.. فهو مقدر من قيمة العبد، فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى، وطريق معرفة قيمته: أن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه وهيئته لو كان حياً، فينظر كم قيمته، ويجب نصف عشر ذلك إن كان ذكراً، وعشره إن كان أنثى أطلقه، ولا بد من التقييد بعدم كون الحمل من المولى، ولا من المغرور؛ لأنه لو

وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: إِن نَقَصَتِ الْأُمُّ.. ضَمِنَ نقصانَها.

وإِلّا.. فَلَا ضَمَانَ.

فَإِن ضُرِبت فحرَّرَ سَيِّدُهَا حملَهَا، فأَلقتهُ حَيّاً فَمَاتَ.. تجبُ قِيمَتُهُ لَا دِيَتُهُ.

كان من المولى أو من المغرور.. لزمت الغرة؛ كما في جنين الحرة؛ لكونه حراً؛ كذا في «العناية» و«الزيلعي».

ولو ضاع الجنين ووقع النزاع في قيمته بين الضارب ومولى الأمة المضروبة.. فالقول للضارب؛ لأنه ينكر الزيادة، والقول للمنكر؛ كمن قتل عبداً خطأ ولم يشاهده القاضي حتى عجز عن تقويمه باعتبار حاله وهيئاته لو كان حياً، ووقع النزاع بين القاتل ومولى المقتول.. فالقول قول القاتل مع يمينه؛ لإنكاره الزيادة، فكذا هنا.

(**وعند أبي يوسف**) هكذا في النسخ، ولو قال: «وعن أبي يوسف» بدل «عند».. لكان أولى؛ لأن هذا رواية غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف؛ لأن ظاهر الرواية [٧٥٠/أ] عنه: مثل ما روي عن أبي حنيفة ومحمد؛ كذا في «العناية».

(**إن نقصت الأم.. ضمن نقصانها**)؛ أي: الأم (**وإلا.. فلا ضمان**).

وجه هذه الرواية عنه: أنه اعتبر بجنين البهيمة.

(**فإن ضُرِبت**) على صيغة المجهول (**فحرر سيدها حملها**)؛ أي: بعد الضرب، (**فألقته**)؛ أي: الحمل (**حياً، فمات.. تجب قيمته**) حياً (**لا ديته**) وإن مات بعد العتق؛ لأن وجوب الأرش عليه: بضربه، والضرب صادفه وهو رقيق وقت المصادفة، فتجب قيمته حياً؛ لأنه صار قاتلاً إياه وهو حي، فنظرنا حالتي السبب والتلف، فأوجبنا عليه القيمة؛ باعتبار حالة السبب وهو الضرب؛ لأنه رقيق حينئذ، وأوجبنا عليه جميع القيمة حال كونه حياً؛ باعتبار حالة التلف. قيل: هذا عندهما.

وعند محمد: تجب قيمة ما بين كونها مضروبة إلى كونها غير مضروبة؛ يعني: يجب تفاوت ما بينهما، حتى لو كانت قيمتها غير مضروبة: ألف درهم، وقيمتها

وَلَا كَفَّارَة فِي الجنينِ.

والمستَبينُ بعضُ خلقِهِ: كتمامِ الْخلقِ.

وَإِن شَرِبَتْ دَوَاءً أَو عَالَجَت فرجَهَا لِطَرحِ جَنِينهَا.. فالغرَّةُ على عاقلتِها إِن فعلت بِلَا إِذنِ أَبِيهِ.

وَإِن بِإِذْنِهِ.. فَلَا.

مضروبة: ثمانمائة درهم.. يجب على الضارب مائتا درهم، وهذا: لأن العتق قاطع للسراية على ما سيأتي في جناية المملوك وعليه.

نظيره: أنه لو قطع يد عبد أو جرحه، فأعتقه المولى، ثم مات العبد.. يجب عليه أرش اليد أو الجرح، وما نقص من قيمته إلى العتق.

(ولا كفارة في الجنين).

وقال الشافعي: تجب فيه الكفارة؛ لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً.

ولنا: أن الكفارة فيها معنى العقوبة؛ لأنها شرعت زاجرة، وفيها معنى العبادة أيضاً؛ لأنها تتأدى بالصوم، وقد عرف وجوبها في النفوس المطلقة، فلا تتعداها؛ لأن العقوبة لا يجري فيها القياس، وقول الشافعي متناقض؛ لأنه اعتبره جزءاً حتى أوجب عليه عشر قيمة الأم كما تقدم من قبل، وهنا: اعتبره نفساً حتى أوجب فيه الكفارة؛ لأن الأعضاء لا كفارة فيها.

(والمستبين بعض خلفه كتام الخلق) في جميع الأحكام المذكورة.

(وإن شربت) المرأة (دواء، أو عالجت فرجها لطرح جنينها.. فالغرة على عاقلتها إن فعلت بلا إذن أبيه)؛ أي: أب الجنين.

(وإن بإذنه.. فلا) يجب شيء؛ لأنها أتلفته متعدية عند عدم إذن أبيه، فيجب عليها ضمانه لأبيه وتتحمل عنها عاقلتها، ولا ترث المرأة من الغرة شيئاً؛ لأنها قاتلة بغير حق، والقاتل لا يرث.

بخلاف ما إذا فعلت بإذن الزوج.. لا يجب شيء؛ لعدم [٧٥٠/ب] التعدي منها.

* * *

(بَابُ مَا يُحدَثُ فِي الطَّرِيقِ)

مَن أحدثَ فِي طَرِيقِ الْعَامَّةِ: كنيفاً، أَو ميزاباً، أَو جِرصِناً، أَو دُكَّاناً.. وَسعَهُ ذَلِكَ إِن لم يَضُرَّ بهِمْ، وَلكُلٍّ مِنْهُم نَزعُهُ.

(بَابُ مَا يُحْدَثُ فِي الطَّرِيقِ)

(من أحدث في طريق العامة كنيفاً)، وهو: المستراح.

(أو ميزاباً)، وهو: مجرى الماء يركب في الحائط على السطوح.

(أو جُرصُناً) قيل: هو البرج.

وقيل: جذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبني عليه.

(أو دكاناً.. وسعه ذلك)؛ أي: جاز إحداثه هذه الأشياء؛ لأنه تصرف فيما له فيه حق التصرف، لكنه لا مطلقاً، بل (إن لم يضر بهم)؛ أي: بالعامة؛ مسلماً أو ذمياً ممن له حق المرور في ذلك الطريق.

وإن أضرّ بهم.. لا يجوز له إحداثه؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر، ولا ضرار في الإسلام».

(ولكل منهم)؛ أي: من العامة مسلماً أو ذمياً، ذكراً أو أنثى: (نزعه)؛ أي: نقضه؛ لأن كلاً منهم صاحب الحق بالمرور فيه بنفسه، وبدوابه.

واعلم: أن الكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع:

أحدها: في أنه هل يحل له إحداثه في الطريق أم لا؟

والثاني: في الخصومة في منعه من الإحداث فيه، ورفعه بعد الإحداث.

والثالث: في ضمان ما يتلف بهذا الإحداث.

أما الأول: فقد قالوا: إن كان الإحداث يضر بأهل الطريق.. ليس له إحداثه، وإن كان لا يضر بهم لسعة الطريق.. جاز له ذلك، ما لم يُمنع منه، وإن مُنع منه.. فلا هكذا ذكره في «الزيلعي»، نقلاً عن شمس الأئمة.

وَفِي الطَّرِيقِ الْخَاصِّ: لَا يَسعُهُ بِلَا إِذنِ الشُّرَكَاءِ وَإِن لم يضرَّ.

وأما الثاني: فقد اختلفوا فيه:

فقال أبو حنيفة: لكل واحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع، وأن يكلفه بالرفع؛ سواء كان فيه ضرر أو لم يكن؛ إذا وضع بغير إذن الإمام؛ لافتئاته على رأيه؛ لأن التدبير في أمور العامة إلى الإمام.

وقال أبو يوسف: لكل أحد أن يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده؛ لأنه بالوضع صار في يده خاصة، والذي يخاصمه بعد ذلك: يريد إبطال حقه الخاص من غير دفع ضرر عن نفسه، فيكون متعنتاً، ولا كذلك قبل الوضع؛ لأنه ليس فيه إبطال يده الخاصة ولكل أحد يد فيه، والذي يريد الإحداث.. يقصد إبطال أيديهم، وإبطال يده الخاصة، فكان لكل أحد أن يمنعه من ذلك.

وقال محمد: ليس لأحد أن يمنع قبل الوضع ولا بعده إذا لم يكن فيه ضرر بالناس؛ لأنه مأذون له في إحداثه شرعاً.

ألا ترى: أنه يجوز له ذلك إن لم يمنعه أحد، والمانع منه: متعنت، فلا يمكَّن من ذلك، فصار كما لو أذن له الإمام، بل أولى؛ لأن إذن الشارع فوق إذن الإمام [٧٥١/أ].

وقال إسماعيل الصفار: وإنما يخاصمه بالنقض والرفع من لم يكن له مثل ذلك، وإن كان له مثل ذلك.. فلا يلتفت إلى خصومته؛ لأنه لو أراد إزالة الضرر للمسلمين.. لبدأ بنفسه، وحيث لم يزل في قدرته.. علم أنه متعنت، فكلام المصنف ظاهر في قول أبي حنيفة، لكنه لا بد فيه من قيد الوضع بغير إذن الإمام.

وأما الثالث: فسيأتي بيانه في الكتاب.

(**وفي الطريق الخاص**)، وذلك بأن تكون سكة غير نافذة (**لا يسعه**)؛ أي: لا يجوز إحداث شيء مما ذكر من الكنيف والميزاب والجرصن (**بلا إذن الشركاء وإن**) وصلية (**لم يضر**)؛ لأن هذا الطريق ملك لأهله وهم الشركاء، ولهذا يستحقون بها

وعَلى عَاقِلَتِهِ دِيَةُ مَن مَاتَ بسقوطِها فيهمَا.

وَكَذَا: لَو عثر بنقضِهِ إِنْسَانٌ.

وَإِن وَقعَ العاثِرُ على آخرَ فماتا.. فَالضَّمَانُ على من أَحدَثَهُ.

الشفعة؛ والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له.. لا يملك إلا بإذن الكل؛ أضرّ بهم أو لم يضرَّ.

بخلاف طريق العامة؛ لأنه ليس لأحد منهم فيه ملك، بل لكل واحد منهم حق الانتفاع، فيجوز الانتفاع به ما لم يضر بأحد.

أهل هذا الطريق إذا أرادوا أن ينصبوا على رأس سكنهم درباً، ويسدوا رأس السكة.. ليس لهم ذلك؛ لأن مثل هذه السكة وإن كانت ملكاً ظاهراً لهم.. لكن للعامة فيها نوع حق أيضاً، وهو: أنه إذا ازدحم الناس في الطريق.. كان لهم أن يدخلوا في تلك السكة حتى يخف الزحام، ذكره في «نوادر ابن رستم».

وقد ذكرنا ما يتعلق بهذا في آخر كتاب القضاء.

(**وعلى عاقلته**)؛ أي: على عاقلة من أحدث في الطريق كنيفاً أو ميزاباً أو جرصناً: (**دية من مات بسقوطها**)؛ أي: سقوط هذه الأشياء.

(**فيهما**)؛ أي: في طريق العامة، وفي الطريق الخاص.

يحتمل أن يكون ظرفاً مستقراً، وأن يكون ظرفاً لغواً للسقوط، وهذا: لأن المحدث فيهما متسبب لهلاكه، متعد في إحداث ما يضر بالعامة والخاصة، فيضمن دية من مات به.

(**وكذا: لو عثر**)؛ أي: سقط (**بنقضه**) أي: بنقض ما أحدث فيه (**إنسان**).. فعلى عاقلة المحدث ديته؛ لما ذكرناه.

(**وإن وقع العاثر على آخر فماتا.. فالضمان**)؛ أي: ديتهما (**على من أحدثه**)؛ لأن الواقع كالمدفوع من جهة المحدث على الآخر.

وَإِن أَصَابَهُ طرفُ الْمِيزَابِ الَّذِي فِي الْحَائِطِ.. فَلَا ضَمَانَ.

وإِنَّ أَصابَهُ الْخَارِجُ.. ضمِنَ؛ كمن حفرَ بِئْراً، أَو وضعَ حجراً فِي الطَّرِيقِ فَتلفَ بِهِ إِنْسَانٌ.

وإِنْ تلفَ بِهِ بَهِيمَةٌ.. فضمانُها فِي مَالِهِ.

وإِلقاءَ التُّرَابِ واتِّخاذُ الطِّينِ: كوضعِ الْحَجَرِ.

(وإن أصابه طرف الميزاب الذي في الحائط.. فلا ضمان) على من أحدث؛ لأنه وضع ذلك في ملكه، فلا يكون متعدياً في وصفه.

(وإن أصابه) الطرف (الخارج) عن الحائط (.. ضمن) الواضع، فتعقل عنه [٧٥١/ب] عاقلته؛ لأنه متعد فيه بشغل هواء الطريق.

(كمن حفر بئراً، أو وضع حجراً في الطريق، فتلف به إنسان): فديته عاقلته، فكذا ما نحن فيه.

وإن أصابه وسطُه.. يضمن أيضاً؛ كذا في «البزازية».

وإن أصابه الطرفان وعلم.. وجب النصف، وهدر النصف، فصار كما إذا جرحه سبع وإنسان ومات منهما.

وإن لم يعلم أي طرف أصابه.. ففي القياس: أن لا يجب عليه شيء؛ لأنه إن أصابه ما كان خارجاً.. يضمن، وإن أصابه ما كان داخلاً.. لا يضمن، فلا يضمن بالشك؛ لأن فراغ ذمته كان ثابتاً بيقين، وفي الشغل: شك، واليقين لا يزول بالشك.

وفي الاستحسان: يضمن النصف؛ لأنه في حال يضمن الكل، وفي حال لا يضمن شيئاً، فيضمن النصف.

(وإن تلف به بهيمة.. فضمانها)؛ أي: البهيمة (في ماله)؛ أي: لا على العاقلة؛ لأن العاقلة تتحمل النفس دون المال.

(وإلقاء التراب، واتخاذ الطين) في الطريق: (كوضع الحجر) في الحكم المذكور، حتى لو تلف به إنسان.. فديته على عاقلة الملقي.

وَهَذَا إِذا فعلَهُ بِلَا إِذنِ الإِمَامِ.

فَإِن فعلَ شَيْئاً مِن ذَلِكَ بِإِذْنِهِ.. فَلَا ضَمَانَ.

وَلَو مَاتَ الْوَاقِعُ فِي الْبِئْرِ جوعاً أَو غمّاً.. فَلَا ضَمَانَ على حَافرِهِ وَإِن بِلَا إِذنٍ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: عَلَيْهِ الضَّمَانُ.

وَكَذَا: عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْغَمِّ لَا فِي الْجُوعِ.

ولو تلف به البهيمة.. فضمانها في ماله.

(وهذا) كله (إذا فعله بلا إذن الإمام).

(فإن فعل شيئاً من ذلك) من إحداث الكنيف والميزاب وحفر البئر ووضع الحجر وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق (بإذنه.. فلا ضمان)؛ لأنه صار مأذوناً فيه ممن له ولاية الإذن، فلم يكن متعدياً.

وكذا: لا ضمان إذا فعل شيئاً من ذلك في ملكه؛ لعدم التعدي أيضاً.

وكذا: إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان؛ كما سيأتي ذكره.

(ولو مات الواقع في البئر جوعاً أو غماً)؛ أي: اختنق بعفونة الهواء، وفي «الصحاح»: يوم غم إذا كان يأخذ النفَس من شدة الحر.

(.. فلا ضمان على حافره وإن) وصلية (بلا إذن) الإمام.

(وعند محمد: عليه الضمان).

(وكذا عند أبي يوسف: في الغم لا في الجوع)؛ لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع في البئر، وأما الجوع، وكذا العطش.. فلا يختص بالوقوع في البئر؛ لجواز أن يكون له سبب آخر، فلا يتقين بسبب التلف.. فلا يضمن به.

ولمحمد: أن الموت حصل بسبب الوقوع فيه، ولولا ذلك.. لتناول الخبز والماء، فيضمن مطلقاً.

وَإِنْ وضعَ حجراً فنحَّاهُ آخرُ.. فضمانُ مَا تَلِفَ بِهِ: على الثَّانِي.

وَلَو أشرعَ جنَاحاً فِي دَار، ثمَّ باعها.. فضمانَ مَا تَلِفَ بِهِ: عَلَيْهِ.

وَكَذَا: لَو وضعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ، ثمَّ بَاعهَا، وبرئ منها إلى المُشْتَرِي، فَتَركهَا المُشْتَرِي.. فضمانُ مَا تَلِفَ بهَا على البَائِعِ.

ولأبي حنيفة: أنه مات بمعنى في نفسه، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع فيه، لا لمعنى في نفسه.

(**وإن وضع**) في الطريق (**حجراً فنحاه آخر**) عن موضعه (.. **فضمان ما تلف به**) من النفس أو المال: (**على الثاني**)؛ أي: المنحي [٧٥٢/أ]؛ لأن فعل الأول قد انفسخ بفعل المنحي؛ لفراغ ما شغله، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر.. فالضمان على الثاني.

(**ولو أشرع جناحاً في دار**)؛ أي: إلى الطريق، (**ثم باعها**)؛ أي: الدار (.. **فضمان ما تلف به**) من النفس أو المال: (**عليه**)؛ أي: على البائع؛ أي: صاحب الدار؛ لأن فعله وهو إشراع الجناح لم ينفسخ بزوال ملكه، وهو الموجب للضمان.

لكن إن تلف به إنسان.. فعلى عاقلته، وإن تلف به مال.. فالضمان في ماله؛ لما تقدم: أن العاقلة لا تعقل عنه المال، وإنما تعقل النفس.

(**وكذا: لو وضع خشبة في الطريق، ثم باعها**)؛ أي: الخشبة (**وبرئ**)؛ أي: البائع (**منها**)؛ أي: من الخشبة (**إلى المشتري، فتركها**)؛ أي: الخشبة (**المشتري.. فضمان ما تلف بها**)؛ أي: بالخشبة (**على البائع**)؛ لما ذكرناه: من أن فعله لم ينفسخ بزوال ملكه.

نظيره: حفر بئراً في الطريق، ثم كبسها بالطعام، ثم جاء آخر وحفرها بإخراج الطعام عنها، فوقع فيها إنسان وتلف.. يضمن الأول لا الثاني؛ لأن بالكبس الثاني لم ينفسخ فعل الأول، ولم يزل عنها اسم البئر.

ألا ترى: أنه يقال: بئر مملوء من الطعام.

وَلَو وضعَ فِي طَرِيقٍ جمراً، فَأَحرقَ شَيْئاً.. ضَمِنَهُ.

وَلَو أحرقَ بَعْدَمَا حرَّكتهُ الرِّيحُ إِلَى مَوضِعٍ.. لَا يضمنُ إِن كَانَتِ الريحُ سَاكِنَةً عِنْدَ وَضعِهِ.

وكذا: لو حفر، ثم غطى رأسه، ثم جاء آخر وفتحها، فوقع فيه إنسان وحيوان.. فالضمان على الأول لا على الثاني؛ لما ذكرناه.

بخلاف ما لو حفر بئراً، ثم كبسها بتراب أو بأجزاء الأرض، ثم جاء آخر وحفرها، فوقع فيه إنسان وتلف.. فالضمان على الثاني؛ لأن فعل الأول قد انفسخ بالكبس بأجزاء الأرض.

ثم المراد بالطريق: طريق العامة؛ لأن الطريق الخاص لكل واحد من أهله وضع الخشبة فيه؛ لما في «البزازية» عن الإمام: إذا كان الطريق غير نافذة: لكل واحد وضع الخشبة وربط الدابة.

أما لو حفر أو بنى فيها فعطب به شيء.. يضمن؛ كالدار المشتركة بين الشركاء، يضمن بحفر البئر، لا بالحفر فيه.

وعدم لزومه بوضع الخشبة، لكن المشايخ فرقوا بينها في لزوم ضمان النقصان بالحفر؛ فإنهم قالوا: لو حفر في الدار المشتركة.. يضمن ما نقصه الحفر؛ لأن الدار مملوكة لهم على الحقيقة، ليبيعونها ويقسمونها.

ولو حفر في الطريق الخاص؛ أي: السكة الغير النافذة.. لا يضمن ما نقصه الحفر، وإنما يضمن ما تلف بالحفر إنساناً أو مالاً؛ كذا في «البزازية» و«الزيلعي».

(**ولو وضع في الطريق جمراً فأحرق شيئاً.. ضمنه**)؛ لأنه متعد فيه.

(**ولو أحرق بعدما حركته**)؛ أي: عين الجمر؛ لأنه لو بقي العين [٧٥٢/ب].. يضمن؛ سواء حركت الشرارة أو لم يتحرك.

(**الريح إلى موضع**) آخر (.. **لا يضمن إن كانت الريح ساكنة عند وضعه**)؛ لأن الريح ليست فعله بالتحويل إلى موضع آخر.

بخلاف ما إذا لم تكن الريح ساكنة عند وضعه؛ فإنه يضمن وإن حولته الريح إلى موضع آخر؛ لأنه فَعَلَ ذلك مع علمه بعاقبته؛ لأن الريح لا تخلو عن التحويل، وقد أفضى إليه.. فيضمن؛ كما إذا باشره بنفسه.

هذا التفصيل مختار بعض مشايخنا.

وبعضهم أطلق الجواب ولم يقيد بكون الريح ساكنة عند وضعه؛ ففي «العمادي»: من وضع في طريق لا يملكه شيئاً، فعثر به رجل وهلك.. فعليه ضمانه.

ولو زال ذلك الشيء عن موضعه إلى موضع آخر.. لا يؤاخذ الواضع بما تولد منه.

والأصل في جنس هذه المسائل أن يقول: كل موضع كان للواضع فيه حق الوضع.. لا يضمن على كل حال إذا تلف بذلك الوضع شيء؛ سواء تلف به وهو في مكانه، أو بعدما زال عن مكانه.

وفي كل موضع لم يكن للواضع فيه حق الوضع؛ إذا عطب بالموضوع فيه شيء:

إن عطب والموضوع في مكانه لم يزل.. يضمن الواضع.

وإن عطب بعدما زال الموضوع عن مكانه:

إن زال بمزيل؛ نحو إن وضع جمرة في الطريق، فهبت الريح وأزالتها عن مكانها، فأحرقت شيئاً.. لا يضمن الواضع.

وإن كان الزوال عن الموضع لا بمزيل؛ بأن وضع جرة في الطريق، ثم جاء آخر ووضع جرة أخرى في الطريق، فتدحرجت إحداهما على الأخرى، فانكسرتا.. قال أبو يوسف: يضمن كل واحد منهما قيمة جرة صاحبه.

وعنه في رواية: أنه يضمن صاحب الجرة القارة في موضعها قيمة الجرة التي

زالت عن موضعها؛ لما ذكر من أنه: إذا زال عن موضعه.. لا ضمان فيه، وإذا ثبت في مكانه.. يضمن.

وإن دحرجتها الريح ونحّتها عن مكانها، فعطب بها شيء.. لا يضمن صاحب الجرة المدحرجة.

بخلاف ما لو تدحرجت بنفسها.

هكذا ذكره قاضي ظهير في «فتاواه».

وقال فيها أيضاً: إنه لا ضمان على الذي تدحرجت جرته؛ لأن جنايته قد زالت، وبرأ عن الضمان.

وإن انكسرت الجرة المدحرجة.. يضمن قيمتها صاحب الجرة القارة؛ لبقاء جنايته.

وفي «فتاوى النسفي»: سئل عمن أوقد ناراً في ملك غيره بغير إذنه، فتعدت النار إلى كدس حنطة، أو شيء آخر فأحرقته، هل يضمن؟

قال: لا.

ولو أحرقت شيئاً في المكان الذي [٧٥٣/أ] أوقد فيه.. ضمن.

ولو أوقد النار في أرض نفسه، فتعدت إلى أرض غيره، فأحرقت شيئاً.. لا يضمن.

بخلاف ما لو أسال الماء إلى أرض نفسه، فسال إلى أرض غيره وأتلف شيئاً.. ضمن.

والفرق بينهما:

أن طبع النار الخمود، والتعدي إنما يكون بفعل الريح ونحوه، فلم يضف التلف إلى فعل الموقد، فلم يضمن.

ومن طبع الماء: السيلان، فأضيف السيلان والإتلاف إلى فعله، فيضمن.

ومن مشايخنا من فصّل الجواب، فقال:

إن أوقد النار في يوم الريح، وهو يعلم أن الريح هبت بها إلى مال غيره فأتلفه.. يضمن.

وإن أسال الماء إلى أرض نفسه وهو يعلم أن أرضه لم تتحمل ذلك.. يضمن.

لكن أصحابنا أطلقوا الجواب كما ذكرناه. انتهى.

هكذا في «العمادي».

وذكر فيه أيضاً تفصيلاً آخر في هذه المسألة؛ حيث قال: وفي «التجريد البرهاني»: أوقد ناراً في داره، وأحرقت دار جاره بالسراية:

إن أوقد ناراً يوقد مثله.. لا يضمن، وإلا: يضمن، هكذا ذكره شيخ الإسلام.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أنه لا يضمن مطلقاً بلا تفصيل؛ لأنه في ملكه.

ثم ذكر تفصيلاً في هبوب الريح وقال: سئل صاحب «المحيط» عن مُزَارع أوقد ناراً في أرضه المملوكة له في يوم الريح ليسخنه، فاحترق الحشيش، وسرت النار إلى الأكداس فاحترقت، هل يضمن الموقد؟

أجاب: بأنه إن كانت الريح وقت الإيقاد ريحاً يذهب مثلها بمثل تلك النار إلى تلك الأكداس.. يضمن، وإلا.. فلا.

وذكر قاضي ظهير: ولو مر بنار في ملكه أو ملك غيره، فوقعت شرارة منها على ثوب إنسان فأحرقته، قال محمد بن الفضل: يضمن؛ لأنه لم يتخلل بين حمل النار والوقوع على الثوب واسطة ليكون مضافاً إلى تلك الواسطة.

حتى لو أطارت الريح بشرر من النار فألقتها على ثوب إنسان.. لا يضمن؛ لأنه غير مضاف إليه، بل إلى الريح، هكذا ذكره في «النوادر» عن أبي يوسف.

وقال بعض مشايخنا: هذا التفضيل فيما إذا مر بالنار في موضع ليس له فيه حق المرور، وإن مر بها في موضع له حق المرور فوقعت منها شرارة في ملك إنسان

وَيضمنُ مَن حملَ شَيْئاً فِي الطَّرِيقِ: مَا تَلِفَ بسقوطِهِ مِنْهُ.

وَكَذَا: مَن أَدخلَ حَصِيراً أَو قِنْدِيلاً أَو حَصَاةً إِلَى مَسْجِدِ غَيرِهِ بِلَا إِذنٍ، فَعَطبَ بِهِ أَحدٌ.

خلافاً لَهما.

وأحرقته، أو ألقاها الريح.. لا يضمن مطلقاً.

وذكر الناطفي: حدّاد جلس في دكانه، فاتخذ في حانوته كيراً يعمل به، والحانوت على جانب طريق العامة، فأخرج [٧٥٣/ب] حديدة من كيره وضربها بمطرقة، فتطاير شرار، فقتل رجلاً، أو فقأ عين إنسان، أو أحرق شيئاً، أو قتل دابة.. كان ضمان ما تلف بذلك من المال على الحداد، ودية القتيل والعين يكون على عاقلته.

ولو لم يدق الحدّاد، ولكن حملت الريح.. كان ذلك هدراً.

(**ويضمن من حمل شيئاً في الطريق ما تلف بسقوطه منه**)؛ سواء كان التلف بالوقوع أو العثرة به بعد الوقوع؛ لأن حمل المتاع في الطريق على ظهره أو رأسه مباح، لكنه مقيد بشرط السلامة؛ كالرمي إلى الهدف أو الصيد.

(**وكذا**)؛ أي: يضمن (**من أدخل حصيراً أو قنديلاً أو حصاة إلى مسجد غيره بلا إذن، فعطب به**)؛ أي: بسقوط شيء منها (**أحد**)؛ لأن فعله ذلك في مسجد غيره بلا إذن واحد من أهل ذلك المسجد، وإن كان مباحاً.. إلا أنه مقيد بشرط السلامة.

بخلاف فعله ذلك في مسجد حيّه؛ فإنه مباح مطلقاً، غير مقيد بشرط السلامة؛ لأن تدبير مسجد حيّه لأهله، وهو من أهله أيضاً.. فلا يضمن فيه، هذا عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: لا يضمن مطلقاً؛ سواء كان مسجد حيه أو مسجد غيره؛ لأن هذا قربة، ولكل واحد إقامتها، فلا يتقيد بشرط السلامة؛ كما إذا فعله بإذن واحد من أهل ذلك المسجد.

وَلَو أَدخلَ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ إِلَى مَسْجِدِ حيِّهِ.. لَا يضمنُ إِجْمَاعاً.

وَكَذَا لَو تَلِفَ شَيْءٌ بِسُقُوطِ رِدَاءٍ هُوَ لابِسُهُ.

وَمَن جلسَ فِي الْمَسْجِدِ غيرَ مُصَلٍّ فَعَطبَ بِهِ أحدٌ ضَمِنَهُ.

خلافاً لَهما.

وَلَا فرقَ بَينَ جُلُوسِهِ لأَجلِ الصَّلَاةِ، أَو للتَّعليمِ، أَو يقْرَأُ الْقُرْآنَ، أَو نَامَ فِيهِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ، وَبَينَ أَن يمرَّ فِيهِ، أَو يقْعدَ للْحَدِيثِ.

(ولو أدخل هذه الأشياء إلى مسجد حيّه)، وتلف بسقوطه شيء (.. لا يضمن إجماعاً)؛ لأنه مباح مطلقاً؛ لكونه مأذوناً فيه، فلا ضمان.

(وكذا): لا يضمن (لو تلف شيء بسقوط رداء هو)؛ أي: المتلف (لابسه)؛ أي: الرداء.

قيد باللبس؛ لأنه إن كان حاملاً له فسقط على إنسان فعطب به إنسان.. ضمن.

والفرق بينهما: أن حامل الشيء يقصد حفظه، فلا حرج في التقييد بوصف السلامة، فيصير مقيداً به، بخلاف اللابس؛ فإنه لا يقصد حفظه؛ فلو قيدناه بوصف السلامة.. لزم الحرج، فجعل مباحاً مطلقاً.

(ومن جلس في المسجد غير مصلٍ، فعطب به أحد) بأن سقط عليه أعمى فتلف (.. ضمنه)؛ لأنه متعد في جلوسه؛ لأنه إنما بني للصلاة، هذا عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: لا يضمن؛ لما ذكر في الخلاف السابق.

قيده بغير مصلٍّ؛ لأن من جلس مصلياً.. لا يضمن بالإجماع؛ كما سيصرح به.

(ولا فرق) في لزوم الضمان (بين جلوسه لأجل الصلاة)؛ يعني: منتظراً لها، (أو للتعليم)؛ أي: لتعليم القرآن أو الحديث أو الفقه وغيره [٧٥٤/أ] من العلوم الدينية.

(أو يقرأ القرآن، أو نام فيه في أثناء الصلاة ، وبين أن يمر فيه، أو يقعد للحديث)؛ يعني: لأخذ الحديث.

وَلَا بَينَ مَسْجِدِ حيِّهِ وَغَيرِهِ.

أَمَّا الْمُعْتَكِفُ.. فَقيلَ: على هَذَا الْخلافِ.

وَقيلَ: لَا يضمنُ بِلَا خلافٍ.

وَفِي الْجَالِسِ مُصَلِّياً.. لَا يضمنُ إِجْمَاعاً وَإِن مِن غيرِ أَهلِهِ.

وَلَوِ اسْتَأْجَر ربُّ الدَّارِ عَمَلَةً لِإِخْرَاجِ الْجَنَاحِ أَوِ الظُّلَّةِ، فَتلِفَ بِهِ شيءٌ.. فَالضَّمَانُ عَلَيْهِم إِن قبلَ فرَاغِ عَمَلِهِم، ....

وإلا.. فيدخل في عموم قوله: أو للتعليم.

(ولا بين مسجد حيّه وغيره)؛ يعني: يضمن في كلها من يمر، بلا فرق عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يضمن، كذا في «الهداية».

قيل: هذا الخلاف اختيار بعض مشايخنا، وقال بعضهم: لا خلاف في المسألة، بل لا ضمان بالاتفاق، وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني.

(أما المعتكف.. فقيل: على هذا الخلاف).

(وقيل: لا يضمن بلا خلاف).

(وفي الجالس مصلياً: لا يضمن إجماعاً وإن) وصلية (من غير أهله)؛ لأنه بني للصلاة، فلا يكون متعدياً في جلوسه مصلياً؛ فرضاً كانت الصلاة أو نفلاً.

(ولو استأجر رب الدار عملة لإخراج الجناح أو الظلة، فتلف به شيء.. فالضمان عليهم إن) كان (قبل فراغ عملهم)؛ لأن التلف كان بفعلهم؛ لأن العمل لم يكن مسلماً إلى ربّ الدار قبل فراغهم منه، فانقلب فعلهم قتلاً، حتى وجب عليهم الكفارة، ويحرمون من الإرث.

بخلاف ما تقدم من إخراج الجناح أو الميزاب إلى الطريق فقتل إنساناً بسقوطه؛ حيث لا يجب فيه الكفارة، ولا يحرم الإرث؛ لأنه تسبب، وهذا مباشرة، والقتل غير

وَإِن بعدَهُ.. فَعَلَيهِ.

داخل في عقده، فلم يستند فعلهم إليه، فاقتصر عليهم.

(**وإن**) كان (**بعده.. فعليه**)؛ أي: على رب الدار.

وهذه المسألة على وجوه، وهي: أن المستأجر:

- إما أن يقول للعملة؛ أي: الأُجراء أخرجوا جناحاً أو ظلة على فناء داري؛ فإن لي حقاً في ذلك؛ أي: في إخراج الجناح، ولم يعلم الأُجراء غير ما قال، ففعلوا بأمره، فسقط ذلك الشيء وأصاب شيئاً قبل الفراغ أو بعده.. فالضمان عليهم، ويرجعون به على الآمر قياساً واستحساناً؛ لأن الضمان وجب بأمره، فلهم أن يرجعوا به عليه.

كما لو استأجر رجلاً ليذبح شاة له، ثم استحقت الشاة بعد الذبح.. فللمستحق أن يضمِّن الذابح، ويرجع به الذابح على الآمر.

- أو يقول لهم: أخرجوا جناحاً على فناء داري، وأخبرهم أن لا حق له في ذلك، أو لم يخبرهم، ففعلوا، فسقط وأتلف شيئاً قبل الفراغ من العمل.. فعليهم الضمان، ولم يرجعوا به على الآمر قياساً واستحساناً.

وإن سقط بعد الفراغ منه.. فكذلك في القياس؛ لأنه أمرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه، وقد علموا بفساد الأمر، فلم يحكم بالضمان على المستأجر [٧٥٤/ب]؛ كما لو استأجر ليذبح شاة جار له، فذبح، ثم ضمن الذابح للجار.. لم يرجع به على الآمر.

وفي الاستحسان: يكون الضمان على الآمر؛ لأن هذا الأمر:

صحيح: من حيث إن الفناء مملوك له من وجه، على معنى: أنه مباح له الانتفاع بشرط السلامة.

غير صحيح: من حيث إنه غير مملوك له من حيث لا يجوز بيعه.

فمن حيث الصحة.. يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل، ومن

وَيضمنُ مَن صبَّ المَاءَ فِي الطَّرِيقِ الْعَامِّ: مَا عَطِبَ بِهِ.

وَكَذَا: إِن رشَّهُ بِحَيْثُ يُزلَق، أَو تَوَضَّأَ بِهِ واستوعبَ الطَّرِيقَ.

وَإِن فعلَ شَيْئاً مِن ذَلِك فِي سكَّةٍ غيرِ نَافِذَةٍ وَهُوَ مِن أَهلِهَا، أَو قعدَ فِيهَا، أَو وضعَ مَتَاعَهُ.. لَا يضمنَ.

وَكَذَا: إِن رشَّ مَاءً لَا يُزلَقُ بِهِ عَادَةً، ....

حيث الفساد.. يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه؛ عملاً بهما، وإظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل: أولى من إظهارها قبل الفراغ؛ لأن الأمر إنما صح من حيث إنه يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل. كذا في «العناية» و«الزيلعي».

وكلام المصنف هنا ظاهر فيما إذا قال لهم: أخرجوا جناحاً على فناء داري، ولم يخبرهم أن لا حق له في الإخراج.

وكلامه في آخر هذا الباب في مسألة استئجار الحافر في غير فنائه: يشير إلى هذا التفصيل.

(**ويضمن من صبَّ الماء في الطريق العام: ما عطب به**) من الإنسان أو الحيوان.

(**وكذا: إن رشه**)؛ أي: الماء (**بحيث يُزلَق**) على صيغة المجهول.

(**أو توضأ به واستوعب الطريق**)، وهذا: لأنه متعد فيه بإلحاق الضرر بالمارة، ومتسبب به.. فيضمن.

(**وإن فعل شيئاً من ذلك**)؛ يعني: الصب والرش والتوضؤ (**في سكة غير نافذة، وهو من أهلها**)؛ أي: من أهل هذه السكة، (**أو قعد فيها**)؛ أي: في هذه السكة، (**أو وضع متاعه.. لا يضمن**) في هذه الصور؛ لأن لكل واحد من أهل هذه السكة أن يفعل ذلك؛ لكونه من ضرورات السكنى؛ كما في الدار المشتركة، فلم يكن متعدياً.

(**وكذا**)؛ أي: لا يضمن (**إن رش ماء لا يزلق به عادة**)؛ أي: ماء قليلاً.

وَوضعُ الْخَشَبَةِ في الطريقِ: كالرَّشِّ فِي إِستيعابِ الطَّرِيقِ وَعَدَمِهِ.

وَإِن رشَّ فنَاءَ حَانُوتٍ بِإِذنِ صَاحِبِهِ.. فَالضَّمَانُ على الْآمِرِ اسْتِحْسَاناً؛ كَمَا لَو اسْتَأْجرَهُ ليبنيَ لَهُ فِي فنَاءِ حانوتِهِ، فَتلفَ بِهِ شَيْءٌ بعد فَرَاغِهِ.

وَلَو كَانَ أَمَرَهُ بِالْبِنَاءِ فِي وسْطِ الطَّرِيقِ.. فَالضَّمَانُ على الْأَجِيرِ.

وَلَو كنسَ الطَّرِيقَ.. لَا يضمنُ مَا تلفَ بِموضعِ كَنسِهِ.

وَلَو جمعَ الكناسةَ فِي الطَّرِيقِ.. ضمنَ مَا تلفَ بهَا.

(أو) رش (بعض الطريق فتعمد المار المرور عليه)؛ أي: على موضع صبت فيه الماء؛ لأنه ليس بمضطر في المرور عليه؛ لوجدانه موضعاً لا أثر فيه للماء، فيضاف التلف إليه لا إلى الراش.

بخلاف ما إذا استوعب الماء الطريق؛ لأنه مضطر في المرور عليه، فلا يضاف التلف إلى المار، بل إلى الراش.

(ووضع الخشبة في الطريق: كالرش في استيعاب الطريق وعدمه)؛ فإن استوعبت الخشبة الطريق.. يضمن ما تلف به، وإن لم تستوعب.. فلا ضمان.

(وإن رش فناء حانوت [٧٥٥/أ] بإذن صاحبه) وهلك به شيء (.. فالضمان على الآمر استحساناً؛ كما لو استأجره ليبني له في فناء حانوته فتلف به)؛ أي: بالبناء (شيء بعد فراغه).. فإن الضمان فيه على المستأجر، على ما بيناه من قبل، فكذا في رش فنائه بإذنه.

(ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق.. فالضمان على الأجير) لا على المستأجر؛ لفساد أمره؛ لأنه أمره بما لم يملك مباشرته بنفسه، وقد علموا بفساد أمره؛ لعلمهم بأنه لا حق له بالبناء في طريق العامة.

(ولو كنس الطريق.. لا يضمن ما تلف بموضع كنسه)؛ لأنه ليس بمتعد في فعله؛ فإنه ما أحدث شيئاً فيه، وإنما قصد رفع الأذى عن الطريق.

(ولو جمع الكناسة في الطريق)، وتلف به إنسان أو دابة (.. ضمن ما تلف بها)؛

وَلَا ضَمَانَ فِيمَا تلف بِشَيْءٍ فُعِلَ فِي الْملكِ، أَو فِي فنَاءٍ لَهُ فِيهِ حقُّ التَّصَرُّفِ؛ بِأَن لم يكن للعامَّةِ، وَلَا مُشْتَركاً لأَهلِ سكَّةٍ غيرِ نَافِذَةٍ.

وَإِنِ اسْتَأْجرَ مَن حَفَرَ لَهُ فِي غيرِ فنائِهِ.. فَالضَّمَانُ على الْمُسْتَأْجِرِ إِن لَم يعلمِ الْأَجِيرُ أَنَّهُ غيرُ فنائِهِ.

لأنه صار متعدياً بشغله الطريق.

(ولا ضمان فيما تلف بشيء فُعِل) صفة شيء (في الملك) لعدم التعدي فيه.

(أو في فناء له فيه حق التصرف؛ بأن لم يكن) الفناء (للعامة، ولا مشتركاً لأهل سكة غير نافذة)؛ لأنه إذا كان للعامة أو مشتركاً بين أهل سكة غير نافذة.. يضمن ما تلف به؛ لأنه مسبب متعد.

وقال في «الهداية»: وهذا صحيح.

واختلف في معنى الفناء.

قيل: الفناء: سعة أمام البيوت.

وقيل: ما امتد من جوانبها.

وقيل: ما أعدّ لحوائج الدار؛ كربط الدابة وكسر الحطب.

(وإن استأجر من حفر له في غير فنائه)؛ يعني: بأن كان الفناء للغير أو طريقاً للعامة، لكنه غير مشهور، فحفر له وتلف به شيء (.. فالضمان على المستأجر؛ إن لم يعلم الأجير أنه غير فنائه)، ولا شيء على الأجير، وهذا؛ لأن الإجارة صحت ظاهراً إذا لم يعلم أنه غير فنائه، فنقل فعله إلى المستأجر.. فيضمن هو، وكان الأجير مغروراً من جهته.. فلا شيء عليه؛ لكونه مغروراً.

وصار هذا: كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها، ثم ظهر أن الشاة لغيره، إلا أن هناك يضمن المأمور؛ أي: الذابح، ويرجع على الآمر؛ لأن الذابح مباشر، والآمر مسبب، والمباشر مقدم على المسبب.. فيضمن الذابح لمباشرته، ثم يرجع على الآمر للغرور من جهته.

وَإِن عَلِمَ.. فعلى الْأَجِيرِ.

وَإِن قَالَ: هُوَ فنائي وَلَيْسَ لِي فِيهِ حقُّ الْحفرِ.. فَالضَّمَانُ على الْأَجِيرِ: قِيَاساً، وعَلى الْمُسْتَأْجِرِ: اسْتِحْسَاناً وَمَن بنى قنطرةً بِغَيْرِ إِذنِ الإِمَامِ فتعمَّدَ أَحدٌ الْمُرُورَ عَلَيْهَا، ....

وههنا: يجب الضمان على المستأجر ابتداء؛ لأن كل واحد منهما مسبب لا مباشر، والأجير غير متعد، والمستأجر متعدّ، فيرجح جانبه، فيضمن هو.

(وإن علم) الأجير أنه غير فنائه (.. **فعلى الأجير**)؛ لأنه لم يصح [٧٥٥/ب] أمره بما ليس بمملوك له، فلا ينقل فعله إلى المستأجر، وليس بمغرور من جهته؛ لعلمه بأنه غير فنائه، فبقي الفعل مضافاً إليه.. فيضمن هو لا المستأجر.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة، والمسألة المتقدمة؟ أعني الأمر بإشراع الجناح؛ فإن الأجير هناك إذا لم يعلم.. ضمن ويرجع على المستأجر، وههنا إذا لم يعلم.. لم يضمن أصلاً، بل يضمن المستأجر؟

أجيب: بأن إشراع الجناح: كذبح الشاة إذا ظهر استحقاقها في كونهما مباشرة؛ كذا في «العناية».

(وإن قال) المستأجر: (**هو فنائي، وليس لي فيه حق الحفر**)، فحفر ومات فيه إنسان أو دابة (.. **فالضمان على الأجير: قياساً، وعلى المستأجر: استحساناً**)؛ لأن كونه فناء داره بمنزلة كونه مملوكاً له؛ لانطلاق يده في التصرف فيه من: إلقاء الطين، والحطب، وربط الدابة، والركوب فيها، وبناء الدكان، فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى انطلاق يده في هذه التصرفات، فكفى ذلك في نقل فعل الأجير إلى المستأجر.. فيضمن هو لا الأجير.

وجه القياس: أن الأجير علم بفساد الأمر، فلم تصح الإجارة، وليس بمغرور من جهته؛ لعلمه.. فيضمن.

(ومن بنى قنطرة)، أو جسراً (**بغير إذن الإمام، فتعمد أحد المرور عليها**،

فَعَطِبَ.. فَلَا ضَمَانَ على الْبَانِي.

فعطب.. فلا ضمان على الباني)؛ لأنه مسبب، وعامد المرور: مباشر، فيضاف التلف إلى المباشر لا إلى المسبب.

أطلق، فشمل: أنواع الأنهار، وهو ثلاثة.

نهر مملوك، ونهر خاص لأقوام مخصوصين، ونهر عام.

• فلو وضع قنطرة أو جسراً على نهر مملوك له، فتلف به شيء.. لا ضمان عليه؛ لأنه ليس بمتعد.

• وإن وضع على نهر خاص [لأقوام] مخصوصين، فمر أحد عليها، وهلك بالتعلق بها أو عطب؛ فإن تعمد المرور عليها.. لا ضمان على الواضع؛ لما ذكرناه، وإن لم يعلم المار به.. ضمن؛ كواضع الحجر والخشب أو الحديد في طريق المسلمين، فمر به دابة بلا سوق أحد.. يضمن.

وعلى قياس مسألة الرش في الطريق؛ إذا لم يجد المار طريقاً غيرها.. يضمن الواضع وإن تعمد المرور عليها.

• وإن وضعها على نهر العامة.. فالجواب كذلك في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه لا يضمن؛ كما إذا وضع القنطرة على نهر العامة بإذن الإمام؛ كذا في «البزازية».

ثم قال فيها أيضاً: بنى على نهر جسراً أو قنطرة بلا إذن الإمام، فمر عليها رجل عمداً فعطب.. فلا ضمان على الباني.

هذا: إذا كان [٧٥٦/أ] النهر مملوكاً للثاني لا إشكال، وإن كان النهر لعامة المسلمين:

فتعمد المشي عليها.. فكذلك لا ضمان على الباني.

وإن لم يتعمد؛ بأن كان المار أعمى، أو مر ليلاً.. يضمن لو بلا إذن الإمام.

وإن بإذن الإمام.. لا يضمن؛ لأنه محسن، وما على المحسنين من سبيل.

وذكر شيخ الإسلام في النهر الخاص بين قوم مخصوصين: لو وضع قنطرة بلا إذن، فمر عليها رجل أو دابة عمداً وانخسفت.. لا يضمن؛ لأن هلاكه يضاف إلى مروره، لا إلى اتخاذ القنطرة.

*   *   *

(فَصْلٌ)

إِن مَال حَائِطٌ إِلَى طَرِيقِ الْعَامَّةِ، فطُولِبَ ربُّهُ بنقضِهِ مِن مُسلمٍ أَو ذمِّيٍّ، وَأَشْهدَ عَلَيْهِ، فَلم ينْقضْهُ فِي مُدَّةٍ يُمكِنُ نقضُهُ فِيهَا، فَتلفَ بِهِ نفسٌ أَو مَالٌ.. ضمنَ عَاقِلَتُهُ النَّفسَ وَهُوَ المَالَ.

(فَصْلٌ)

فِي أَحْكَامِ الحَائِطِ المَائِلِ

(إن مال حائط إلى طريق العامة)، وكذا: إلى طريق الخاصة، وهو من قبيل: «الاكتفاء».

(فطولب ربُّه بنقضه) بلفظ يفهم منه طلب النقض؛ مثل أن يقول: إن حائطك هذا مخوف، أو مائل فاهدمه حتى لا يسقط فيتلف شيئاً، أو اهدمه؛ فإنه مائل.

(من مسلم أو ذمي)، ذكراً أو أنثى، حراً أو مكاتباً؛ لأن لهم حق الطلب لحق المرور لهم في ذلك الطريق.

(وأشهد) ربه (عليه)؛ أي: على النقض بأن تكلم اللفظ المذكور بحضرة الشهود، أو يقول: اشهدوا أني تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا.

وأما لو قال لرب الحائط: ينبغي لك أن تهدمه.. فليس هذا بطلب ولا إشهاد وإن قاله بحضرة الشهود، بل هو مشورة.

واعلم: أن الشرط ههنا: هو طلب النقض، لا الإشهاد، حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه.. وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه، وإنما الإشهاد ليتمكن من إثباته عند جحوده الطلب، أو جحود عاقلته، فكان الإشهاد من باب الاحتياط: كالإشهاد على طلب الشفعة، لا من باب الاشتراط لصحة الطلب؛ كالإشهاد في عقد النكاح؛ فإنه شرط لصحة النكاح.

(فلم ينقضه في مدة يمكن نقضه فيها، فتلف به نفس أو مال.. ضمن عاقلته النفس وهو)؛ أي: رب الحائط (المال)؛ لأن العاقلة تتحمل النفس تخفيفاً عنه؛ كي لا

يؤدي إلى الاستئصال، لا المال؛ فضمان المال: في ماله.

لكن قال محمد: لا تتحمله العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء: على المتقدم إليه في النقض، وعلى أنه مات بالسقوط عليه، وعلى أن الدار له.

لأن إقراره لا يكون حجة على الغير، والملك الثابت بظاهر اليد: لا يصلح حجة للاستحقاق.

ثم لزوم الضمان ههنا جواب الاستحسان.

والقياس: أن لا ضمان أصلاً، وهو قول الشافعي؛ لأنه لم يوجد منه صنع هو لعِلّ، لا مباشرة علة [٧٥٦/ب] ، ولا مباشرة سبب؛ لأن البناء كان في ملكه مستقيماً، والميلان وشغل هواء الطريق: ليس من فعله.. فلا يضمن؛ كما لو لم يشهد عليه.

ووجه الاستحسان: مروي عن علي وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من أئمة التابعين.

ولأن الحائط لما مالَ.. فقد أشغل هواء الطريق بملكه، ورفعُهُ في يده؛ فإذا تقدم إليه أحد ممن له حق الطلب؛ من المسلم أو الذمي، ذكراً أو أنثى، حراً أو مكاتباً - لا صبياً أو عبداً محجورين عليهما، أو مجنوناً؛ لأنه ليس عليهم حق الطلب - وطولب بتفريغه.. لزمه تفريغه.

فإذا امتنع عنه مع التمكن منه.. صار متعدياً؛ بمنزلة: ما لو وقع ثوب إنسان في حجره.. يصير متعدياً بالامتناع عن تسليمه بعد الطلب، حتى يضمن بهلاكه في يده.

بخلاف ما قبل الإشهاد؛ لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب.

ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان.. يمتنع عن التفريغ، فينقطع المارة حذر الوقوع عليهم، فينفرون بذلك، ودفع الضرر العام: واجب، وله تعلق بالحائط؛ لأنه ملكه، فتعين لدفع هذا الضرر، وكم من ضرر خاص: يجب تحمله لدفع هذا الضرر العام؛ كالرمي إلى الكفار وإن تترسوا بأسارى المسلمين.

وَكَذَا: لَو طُولِبَ بِهِ مَن يَملكُ نقضَهُ؛ كأبِ الطِّفْلِ ووصيِّهِ، ....

والتقدم في الدواب؛ كما تقدم في الحائط المائل؛ حيث قال في ضمانات «العمادية»: رجل له كلب عقور؛ كلما مر عليه مار.. يعضه، فعض إنساناً؛ هل يجب عليه الضمان؟

إن تقدموا في صاحب الكلب قبل العض.. يضمن، وإن لم يتقدموا فيه قبل العض.. لا يضمن؛ بمنزلة الحائط المائل. انتهى.

(**وكذا**)؛ أي: يجب النقض (**لو طولب به**)؛ أي: بالنقض (**من يملك نقضه؛ كأب الطفل ووصيّه**) أو جدّه أو أمه عند عدم الأب والوصي؛ فإن لهما ولاية التصرف في مال الصغير عند عدم الأب والوصي، والجدُّ مذكور في «الزيلعي»، والأم في «الهداية».

وهذا: لأن التقدم إلى هؤلاء: كالتقدم إلى الصغير بعد البلوغ، ولو تقدم إليه بعد البلوغ.. وجب عليه النقض، فكذا: لو تقدم إلى هؤلاء؛ لأن لهم ولاية التصرف في مال الصغير.

اعترض عليه: بأنه لو كان كذلك.. لما هدر القتيل بسقوط الحائط إذا بلغ الصبي بعد التقدم إلى الأب والوصي.

وأجيب عنه في «العناية»: بأن التقدم إليهما جعل كالتقدم إلى الصغير ما دامت ولايتهما باقية عليه، وقد زالت بالبلوغ، وصار كما أن التقدم لم يوجد في حق الصغير، ثم إن الأب والوصي [٧٥٧/أ] لو تركا الهدم بعد التقدم إليهما.. كان الضمان في مال الصغير لا في مالهما؛ لأنهما يعملان للصغير في ترك الهدم، وينظران له، فيكون الغرم في مال الصغير.

فإن قيل: إنهما بترك الهدم بعد التقدم إليهما ألحقا ضرراً بمال اليتيم، فكان الواجب أن يكون الضمان عليهما، أو يرجع اليتيم في مالهما بعد البلوغ.

أجيب: بأن في ترك الهدم دفع مضرة متحققة، وهي مضرة مؤنة النقض وبنائه

والراهنُ بفكِّ الرَّهْنِ، وَالْعَبْدُ التَّاجِرُ ....

ثانياً، وفي النقض: دفع مضرة موهومة؛ لجواز أن لا يسقط، وعلى تقدير سقوطه: يحتمل أن لا يهلك به شيء، فكان تركه أنظر لليتيم.. فلا يلزم الأب والوصي ضمان. الكل في «العناية».

(والراهن بفك الرهن)؛ يعني: لو تقدم إلى الراهن في الدار المرهونة، أو الحائط المرهون بالنقض.. صح التقدم، ووجب على الراهن نقضه؛ لأنه يملك نقضه بواسطة فك الرهن.

(والعبد التاجر) مديوناً كان أو لا، ولذا: أطلقه.

بقي: لو رهن العبد المأذون له في التجارة حائطاً أو داراً، وتقدم إليه مسلم أو ذمي بالنقض.. وجب عليه نقضه؛ لأن ولاية نقضه له؛ سواء كان عليه دين أو لا، والتالف بسقوطه بعد التقدم إليه: في رقبته:

إن كان التالف مالاً.. فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة استحساناً.

وإن كان التالف نفساً.. فعلى عاقلة المولى؛ لأن الإشهاد عليه إشهاد على المولى من وجه.

أما إذا لم يكن على العبد دين.. فظاهر؛ لأن ما في يده من الدار وغيرها للمولى رقبة وتصرفاً، والعبد خصم من جهته فقط، حتى لو ادعى أحد حقاً في دار في يده.. ينتصب خصماً له من جهة المولى.

وأما إذا كان عليه دين.. فعندهما: ظاهر؛ لأن المولى يملك ما في يده، ولو كان الدين مستغرقاً عندهما.

وعند أبي حنيفة: أن المولى وإن لم يملك ما في يده إذا كان الدين مستغرقاً.. لكنه أحق باستخلاصه بقضاء دينه، فعلى التقديرين: العبد كان الإشهاد عليه والتقديم إليه: تقدماً وإشهاداً على المولى من وجه، وتقدماً إلى العبد من وجه:

فاعتبر في ضمان النفس تقدماً إلى المولى؛ لأن فك الحجر عنه بالإذن له لم

وَالْمكَاتبُ، وَلَا يضمنُ إِن بَاعَهُ بعد الْإِشْهَادِ وَسلَّمهُ إِلَى الْمُشْتَرِي فَسقطَ.

يتناول التزام ضمان الجناية على النفس، فبقي محجوراً عليه في حق ضمان الجناية على النفس، فيلزم على عاقلة المولى.

واعتبر في ضمان الأموال تقدماً إلى العبد؛ لأنه بمنزلة الحر في ضمان الأموال؛ لأنه منفك الحجر عنه في اكتساب [٧٥٧/ب] سببه.

والقياس: أنه يكون ضمان الأموال على المولى أيضاً، إلا أنه ترك استحساناً بهذا الفرق.

(والمكاتب)؛ لأن ولاية النقض له؛ لأنه من كسبه.

وإن تقدم إليه ولم ينقض، وتلف به شيء:

فإن تلف في حال بقاء الكتابة.. يجب عليه قيمته؛ لأن دفع نفسه متعذر.

وإن بعد عتقه.. فعلى عاقلة المولى.

وإن بعد العجز عن الكتابة.. لا يجب على أحد شيء؛ لعدم قدرة المكاتب، وعدم الإشهاد على المولى؛ كذا في «الزيلعي».

وهل يجوز التقدم إلى ورثة من له حق النقض؟

ففي «الهداية»: يصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده.

وقال في «العناية»: وهذا جواب الاستحسان، والقياس: أن لا يضمن أحد من الورثة شيئاً بعدم النقض بعد التقدم إلى أحدهم.

أما الذي تقدم إليه.. فلعدم تمكنه من نقضه وحده، فلم يكن التقدم إليه مفيداً.

وأما غيره من الورثة.. فلعدم التقدم إليهم، فلم يوجد التعدي منهم في ترك النقض.

(ولا يضمن) من أشهد عليه بطلب النقض (إن باعه)؛ أي: داره (**بعد الإشهاد، وسلمه إلى المشتري، فسقط**) وهلك به شيء: نفس أو مال؛ لأن الجناية بترك الهدم

وَلَا إِن طُولِبَ بِهِ مَن لَا يَملِكُهُ؛ كالمرتهنِ وَالْمُسْتَأْجرِ وَالْمُودَعِ.

وَإِن بناهُ مائلاً ابْتِدَاءً.. ضَمِنَ مَا تلفَ بسقوطِهِ وَإِن لم يُطَالَب بنقضِهِ؛ كَمَا فِي إِشراعِ الْجنَاحِ وَنَحْوِهِ.

فَإِن مَالَ إِلَى دَارِ رجلٍ.. فالطَّلَبُ لِرَبِّهَا أَو ساكنِها، فَيصحُّ تَأْجِيلُهُ وإِبراؤُهُ وَلَا يَصحُّ التَّأْجِيلُ فِيمَا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ وَلَو مِنَ القَاضِي أَوِ المُشهِدِ.

مع تمكنه منه، وقد زال بالبيع.

بخلاف إشراع الجناح؛ لأنه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع.

قيّد بقوله: «وسلمه إلى المشتري»، وهكذا في «الهداية» أيضاً؛ حيث قال: «وقبضه المشتري»، لكنه قال في «الدرر»: قبض المشتري ليس بشرط في سقوط الضمان عن البائع بعد بيعه، نقله عن «الكافي».

وهل يضمن المشتري؟

ففي «الهداية»: لا يضمن أيضاً؛ لأنه لم يشهد عليه، فلم يكن متعدياً.

(**ولا إن طولب به من لا يملكه**)؛ أي: النقض (**كالمرتهن والمستأجر والمودع**)؛ لعدم قدرتهم على التصرف.. فلا ضمان على أحد من هؤلاء ومن المالك بترك النقض بعد التقدم إلى هؤلاء؛ لأن التقدم إليهم غير مفيد.

(**وإن بناه مائلاً ابتداءً.. ضمن ما تلف بسقوطه وإن لم يطالب بنقضه**)؛ لأنه تعدي بالبناء نفسه، فصار (**كما في إشراع الجناح ونحوه**) كالكنيف؛ فإنه جانٍ فيه بنفس الوضع على طريق المسلمين.

(**فإن مالَ إلى دار رجل.. فالطلب لربها**)؛ أي: الدار (**أو ساكنها**)؛ لأن الحق لهما على الخصوص، (**فيصح تأجيله وإبراؤه**)؛ لأن الحق له على الخصوص.

(**ولا يصح التأجيل فيما**)؛ أي: في حائط (**مال إلى الطريق ولو**) وصلية (**من القاضي أو المشهد**)؛ لأن الحق لعامة المسلمين المارين [٧٥٨/أ] فيه، وليس للقاضي ولا لغيره أن يبطل حقهم.

وَلَو كَانَ الْحَائِطُ بَينَ خَمْسَةٍ، فأُشهِدَ على أَحدِهم.. ضَمِنَ خُمْسَ مَا تَلِفَ بِهِ.

وَعِنْدَهُمَا: نصفُهُ.

(ولو كان الحائط بين خمسة، فأشهد على أحدهم.. ضمن خمس ما تلف به) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: نصفه)؛ لأنه متعدٍ اعتباراً بملك شريكه، وغير متعد باعتبار ملكه، فاعتبر قسمين، فانقسم نصفين؛ كما إذا هلك بجرح الرجل ونهش الحية وعقر الأسد؛ فإنه يعتبر قسمين لا ثلاثة أقسام؛ كما تقدم.

ولأبي حنيفة: أن الموت حصل بعلة واحدة، وهو الثقل المقدر في الحائط؛ لأن أصل الثقل ليس بعلة؛ لأن التقليل من الثقل لا يوجب التلف بحال، حتى يعتبر كل جزء منه علة على حدة، فتجتمع العلل؛ فإذا كان كذلك.. يعتبر الكل علة واحدة، فيضاف التلف إلى العلة الواحدة، ثم يقسم على أربابها بقدر الملك، من خمس الدية أو خمس قيمة المال المتلف.

بخلاف الجراحات؛ فإن كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف، صغرت الجراحة أو كبرت.

إلا أن التلف عند المزاحمة يضاف إلى الكل؛ لعدم الأولوية؛ فإذا أضيف إلى الكل وبعضها معتبر في إضافة الضمان إليه - وهو جرح الرجل - وبعضها غير معتبر، وهو جرح الحية والأسد.. فجعل غير المعتبر شيئاً واحداً وإن تعدد، وبذلك صار الضمان نصفين، فاعتبر أحدهما، وأهدر الآخر.

فإن قيل: الواحد من الشركاء لا يقدر أن يهدم شيئاً من الحائط، فكيف يصح التقدم إليه؟

أجيب: بأنه وإن لم يتمكن من هدمه، لكنه يتمكن من إصلاحه بوجه، وهو المرافعة إلى الحكام، وبه يحصل الغرض؛ لأن المقصود إزالة الضرر بأي طريق كان،

وَإِن حفرَ أَحدُ ثَلَاثَةٍ فِي دَارٍ هي لَهُم بِئْراً بِغَيْرِ إِذنِ شريكَيه أَو بنى حَائِطاً..
ضَمِنَ ثُلثَي مَا تَلِفَ بِهِ.
وَعِنْدَهُمَا: نِصفَهُ.

ولا يتعين بالهدم.

(وإن حفر أحد ثلاثة في دار هي لهم)؛ أي: مشترك بينهم (بئراً بغير إذن شريكيه، أو بنى) أحد ثلاثة في دار بينهم (حائطاً) بغير إذن شريكه (.. ضمن) الحافر والباني (ثلثي ما تلف به)؛ أي: بالبئر والحائط عند أبي حنيفة.

(وعندهما: نصفه)؛ لما ذكرناه من أن الحفر باعتبار ملكه: ليس بتعدٍ، وباعتبار ملك شريكه: تعدٍّ، فكانا قسمين، فانقسم عليهما نصفين.

ولأبي حنيفة: ما تقدم أيضاً من أن الموت حصل بعلة واحدة، وهو العمق المقدر في البئر؛ لأن أصل العمق ليس بعلة؛ لأن القليل من العمق لا يوجب التلف بحال، حتى يعتبر كل جزء منه علة على حدة، فتجتمع العلل؛ فإذا كان كذلك.. يعتبر الكل علة واحدة، فيضاف [٧٥٨/ب] التلف إلى العلة الواحدة، ثم يقسم على أربابها بقدر الملك، فيضمن ثلث قيمة ما تلف؛ إنساناً أو حيواناً.

* * *

(بَابُ جِنَايَةِ الْبَهِيمَةِ وعَلَيْهَا)

يضمنُ الرَّاكِبُ مَا وطِئَت دَابَّته، أَو أَصَابَت بِيَدِهَا، أَو رجلِهَا، أَو رَأسهَا، أَو كَدَمت أَو خَبَطَت أَو صَدَمَت، ....

(بَابُ

جِنَايَةِ البَهِيمَةِ وَعَلَيْهَا)

والأصل فيه: أن المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه، وفي حق غيره من وجه؛ لكونه مشتركاً بين كل الناس، فقلنا بالإباحة بشرط السلامة؛ ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه، لا فيما لا يمكن؛ لأن تقييده بالسلامة مطلقاً: يؤدي إلى المنع من التصرف، وينسد بابه، وهو مفتوح.

وعلى هذا الأصل تبتنى المسائل المذكورة في الباب، قال: (يضمن الراكب) على الدابة في طريق المسلمين (ما وطئت دابته، أو أصابت)؛ أي: أهلكت (بيدها، أو رجلها أو رأسها، أو كدمت)؛ أي: عضت بمقدم أسنانها، (أو خبطت)، قال في «المصباح»: خبط البعير الأرض: ضربها بيده. انتهى.

وهو بالخاء المعجمة، وفيه شائبة التكرار مع الإصابة باليد.

(أو صدمت)؛ أي: ضربت بنفسها، قال في «المصباح»: تصادم الفارسان واصطدما: أصاب كل واحد الآخر بثقله وحدته. انتهى.

وإنما ضمن فيها؛ لأن الاحتراز عن كل هذه الأشياء: ممكن؛ لأنه ليس من ضرورات السير، فقيد كل منها بشرط السلامة؛ لما تقدم من الأصل.

فإذا لم توجد السلامة.. ضمن.

وهذا في الطريق.

ولو حدثت هذه الأشياء في ملكه.. لا يضمن شيئاً من ذلك إلا الإيطاء وهو

راكبها؛ لأن الإيطاء حال الركوب مباشرة؛ لأنه فعله بفعله، حتى يحرم من الميراث، وتجب عليه الكفارة.

وغير الإيطاء: تسبيب، وفي التسبيب يشترط التعدي، فصار كحفر البئر في ملكه.

وفي المباشرة: لا يشترط التعدي، ولو حدثت في ملك غيره؛ فإن كان بإذن مالكه.. فهو كما لو كان في ملكه، وإن كان بغير إذنه:

فإن دخلت الدابة من غير أن يدخلها هو ولم يكن هو معها أيضاً.. لا يضمن شيئاً.

وإن أدخلها هو.. ضمن الجميع؛ سواء كان هو معها، أو لم يكن؛ لوجود التعدي بالإدخال.

والملك المشترك؛ كملكه فيما ذكرنا؛ لأن لكل أحد من الشركاء: السير والإيقاف فيه.

وباب المسجد: كالطريق في الإيقاف.

ولو جعل الإمام موضعاً لوقوف الدواب عند باب المسجد.. فلا ضمان فيما حدث من الوقوف به.

وكذلك: إيقاف الدواب في سوق [٧٥٩/أ] الدواب؛ لأنه مأذون له من جهة السلطان.

وكذلك: الفلاة وطريق مكة إذا أوقف في غير المحجة؛ لأنه لا يضر بالناس، فلا يحتاج فيه إلى الإذن.

أما المحجة: فهي كالطريق، فيضمن فيه.

وكذلك: لو أوقفها في باب السلطان.. يضمن كما في الطريق.

لَا مَا نفحت برجلِها أَو ذَنَبِها، إِلَّا إِذا أَوقَفَها.

وَلَا مَا عَطِبَ بروثِها أَو بولِها سائرةً أَو موقوفةً لأَجله.

فَإِن أَوقفَها لَا لأَجلِهِ.. ضَمِنَ مَا عَطِبَ بِهِ.

فَإِن أَصَابَت بِيَدِهَا أَو رجلِهَا حَصَاةً أَو نواةً، أَو أثارَت غُباراً أَو حجراً صَغِيراً، ففقأَ عيناً، أَو أَفسدَ ثوباً.. لَا يَضمنُ.

(**لا ما نفحت**) بالحاء المهملة (**برجلها**)؛ أي: ضربت بها، قال في «المصباح»: نفحت الدابة نفحاً: ضربت بحافرها.

(**أو ذنبها**)؛ أي: لا ضمان في النفح بهما؛ لعدم التعدي منه؛ لعدم إمكان التحرز عنهما، فلم يقيد بشرط السلامة.

(**إلا إذا أوقفها**) في الطريق فنفخت برجلها أو ذنبها.. فحينئذٍ يضمن للتعدي منه بالإيقاف في الطريق.

(**ولا ما عطب**)؛ أي: هلك (**بروثها أو بولها**) في الطريق (**سائرة أو موقوفة لأجله**)؛ أي: لأجل الروث أو البول. الجارُّ: متعلق بالموقوفة؛ أي: لا ضمان فيه؛ لأن سير الدابة لا يخلو من روث وبول، فلا يمكن التحرز عنه.. فلا يضمن ما تلف به.

وكذا: إذا أوقفها في الطريق للروث والبول؛ لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا واقفاً، فلا يمكن التحرز عنه أيضاً، فلا يقيد بشرط السلامة.

(**فإن أوقفها لا لأجله.. ضمن ما عطب به**)؛ أي: بالروث أو البول؛ لأنه متعد في هذا الإيقاف؛ لأنه ليس من ضرورات السير.

(**فإن أصابت**) الدابة وهو راكب عليها (**بيدها أو رجلها حصاة، أو نواة، أو أثارت غباراً، أو حجراً صغيراً، ففقأ عيناً**) لإنسان أو حيوان، (**أو أفسد ثوباً.. لا يضمن**)؛ لعدم التعدي منه في ذلك؛ لأن التحرز عنه غير ممكن؛ لأن سير الدابة لا يخلو عن ذلك، فلا يقيد بشرط السلامة.

وَإِن كَبِيراً.. ضَمِنَ.

وَيضمَنُ الْقَائِدُ مَا يضمنُهُ الرَّاكِبُ.

وَكَذَا: السَّائِقُ فِي الْأَصَحِّ.

وَقِيلَ: يضمنُ النفحةَ أَيْضاً، ....

(وإن) كان الحجر المثار (كبيراً.. ضمن)؛ لأن التحرز عنه ممكن؛ لأن ذلك إنما يكون من قلة هداية الراكب، فيقيد بشرط السلامة.

(ويضمن القائد كل ما يضمنه الراكب) من الأشياء المذكورة.

(وكذا: السائق في الأصح).

(وقيل) - قائله القدوري، وتبعه بعض المشايخ -: (يضمن) السائق (النفحة) بالرجل أو الذنب (أيضاً)؛ يعني:

كل شيء يضمنه الراكب.. يضمنه القائد والسائق أيضاً؛ لأنهما مسببان كالراكب، فيجب فيهما الضمان بالتعدي كالراكب.

وكل شيء لا يضمنه الراكب.. فهما لا يضمنان أيضاً، هكذا ذكره أكثر المشايخ، وهو المراد بقوله: «في الأصح».

وذكر القدوري وتبعه بعض المشايخ [٧٥٩/ب]: أن السائق يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها أيضاً؛ لأن النفحة بهما بمرأى عينه، فيمكن الاحتراز عنه مع السير، فيقيد بشرط السلامة، بخلاف القائد والراكب؛ فإن النفحة بهما ليس بمرأى عينهما، بل غائبة عن نظرهما، فلا يمكنهما التحرز عنها، فلا يقيد بشرط السلامة.

وجه الأصح: أن السائق ليس معه على رجل الدابة شيء يمنعها به عن النفحة، فلا يمكن التحرز عنها، بخلاف الكدم والصدم.

وبالجملة ههنا: إن جناية الدواب لا تخلو من أوجه ثلاثة لأنها:

إما أن تكون في ملك صاحبها.

أو في ملك غيره.

أو في طريق المسلمين.

• **فإن كانت في ملك صاحبها ملكاً كاملاً، أو مشتركاً، متساوياً أو متفاضلاً؛ فإما:**

أن يكون صاحبها معها، أو لا يكون:

فإن لم يكن صاحبها معها.. لم يضمن صاحبها معها شيئاً؛ سواء كانت الدابة واقفة أو سائرة، وطئت بيدها أو برجلها، أو نفحت أو كدمت أو أثارت حجراً كبيراً.

وإن كان صاحبها معها:

فإما أن يكون سائقاً لها، أو قائداً، وإما أن يكون راكباً عليها.

فإن كان سائقاً أو قائداً.. لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها، أتلف نفساً أو [مالاً] لأن صاحبها في هذه الوجوه مسبب؛ لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً، ولا تعدي في إيقاف الدابة وتسييرها في ملكه.

وإن كان راكباً عليها وهو يسير: فإن وطئت بيدها أو رجلها.. يضمن.

وإن كدمت أو نفحت بيدها أو رجلها أو ضربت بذنبها.. فلا ضمان.

لأن في الوجه الأول صاحب الدابة مباشر بالإتلاف؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف، وكأنهما وطئاه جميعاً، والمباشر ضامن؛ متعدياً كان أو لم يكن.

وفي الوجه الثاني: مسبب غير متعد، ولا ضمان على المسبب بدون التعدي.

• **وإن كانت الجناية في ملك غير صاحبها؛ فإما:**

أن أدخلها صاحبها فيه، أو لا.

وَلَا كَفَّارَة عَلَيْهِمَا، وَلَا حِرمَانَ إِرْثٍ أَو وَصِيَّةٍ.

بِخِلَافِ الرَّاكِبِ.

فإن لم يدخلها فيه.. فلا ضمان عليه على كلّ حال، ليلاً أو نهاراً؛ لأنه ليس بمسبب، ولا مباشر.

وإن أدخلها فيه.. فعليه الضمان على كل حال؛ سواء كان معها سائقها أو قائدها أو راكبها، أو لا، واقفة كانت الدابة أو سائرة؛ لأن صاحبها: إما مباشر، أو مسبب متعد؛ إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها [٧٦٠/أ] في ملك الغير بغير إذنه.. فيضمن.

• **وإن كانت في طريق المسلمين** وقد أوقفها صاحبها.. فعليه ضمان ما أتلف في الوجوه كلها؛ لأنه بالإيقاف مسبب متعد؛ إذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة فيه.

وإن كانت سائرة؛ فإما:

أن يكون صاحبها معها، أو لم يكن.

فإن لم يكن؛ فإما: أن سارت بإرساله، أو انفلتت.

فإن سارت.. ضمن ما أتلفت، ما لم تتحول عن وجهة الإرسال يمنة أو يسرة؛ لأن إرسالها بلا حافظ: سبب للإتلاف، وهو فيه متعد.

وإن انفلتت.. فلا ضمان عليه في الوجوه كلها.

وإن كان صاحبها معها.. ضمن ما أتلفت؛ راكباً كان أو قائداً أو سائقاً، إلا النفحة بالرجل أو الذنب؛ لأنه؛ إما مباشر أو مسبب متعد؛ كذا في «العناية».

(**ولا كفارة عليهما**)؛ أي: على القائد والسائق.

(**ولا حرمان إرث أو وصية**).

(**بخلاف الراكب**)؛ فإن عليه كفارة القتل، ويحرم عن الميراث والوصية، لكن مراده: لزوم الكفارة والحرمان في الإيطاء دون غيره؛ إذ لا كفارة على الراكب أيضاً

وَإِنِ اجْتمعَ الرَّاكِبُ والقائدُ، أَو الرَّاكِبُ والسائقُ.. فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا.

وَقيلَ: على الرَّاكِبِ وَحدَهُ.

في الإصابة بيدها أو رجلها، وفي الكدم والخبط والصدم، ولا يحرم بها عن الميراث والوصية؛ مثل القائد والسائق.

وهذا: لأن الراكب مباشر في الإيطاء؛ لأن التلف في الحقيقة بثقله، وثقلُ الدابة تبع له؛ لأن سير الدابة مضاف إليه، والدابة آلة له، والقائد والسائق مسببان لا مباشران؛ لأنه لا يتصل منهما بالمحل شيء.

وكذلك الراكب مسبب في غير الإيطاء.

والكفارة وحرمان الإرث والوصية؛ حكم المباشرة، لا حكم السبب.

(وإن اجتمع الراكب والقائد، أو الراكب والسائق.. فالضمان عليهما).

(وقيل: على الراكب وحده)؛ لأن الراكب مباشر، والسائق والقائد مسبب، والإضافة إلى المباشر أولى من الإضافة إلى المسبب إذا اجتمعا.

وبه ما اختاره المصنف - أعني: الإضافة إليهما نصفين -: أن كلاً منهما سبب الضمان على الانفراد.. فكذلك على الاجتماع مع الراكب.

ويؤيد هذا: ما ذكره محمد في «الأصل»: أن الراكب إذا أمر إنساناً فنخس المأمور الدابة، فوطئت إنساناً.. كان الضمان عليهما، فاشتركا في الضمان، والناخس: سائق والآمر راكب، فتبين بهذا: أنهما يستويان.

وقدم في «الهداية» القول الثاني على ما اختاره المصنف.

وقال في «الزيلعي»: وهو الصحيح.

والجواب عنه: أن المسبب إنما لا يضمن المباشر إذا كان السبب سبباً لا يعمل بانفراده في الإتلاف [٧٦٠/ب]؛ كما في الحفر مع الإلقاء؛ فإن الحفر لا يعمل شيئاً بدون الإلقاء.. فلا يضمن الحافر مع الملقي، بل الضمان على الملقي وحده.

وأما إذا كان السبب سبباً يعمل بانفراده.. فيشتركان.

وَإِنِ اصطدمَ فارسانِ أَو ماشيانِ فماتا.. ضَمِنَ عَاقِلَةُ كلٍّ دِيَةَ الآخرِ.

وما نحن فيه: من هذا القبيل؛ فإن السوق والقود متلفان منفرداً وإن لم يكن على الدابة راكب، فيضاف الضمان إليهما معاً.

(وإن اصطدم فارسان أو ماشيان)؛ أي: ضرب أحدهما الآخر بنفسه، (فماتا.. ضمن عاقله كل) منهما (دية الآخر).

وقال زفر والشافعي: يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر، روي ذلك عن علي، ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه؛ لأن الاصطدام فعل يقوم بهما، فيهدر نصفه، ويعتبر النصف الآخر؛ كما إذا كان الاصطدام عمداً، أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه، أو حفرا معاً على قارعة الطريق بئراً، فانهدم البئر عليهما، أو وقعا فيه.. يجب على كل واحد منهما النصف، فكذا: هنا.

ولنا: أن موت كل واحد منهما مضاف إلى فعل صاحبه؛ لأن فعله في نفسه مباح - وهو المشي في الطريق - فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة إلى نفسه؛ لأنه مباح مطلقاً في حق نفسه، ولو اعتبر ذلك.. لوجب نصف الدية فيما إذا وقع في بئر في قارعة الطريق؛ لأنه لولا مشيه وثقله في نفسه.. لما سقط في البئر، وفعل صاحبه وإن كان مباحاً أيضاً.. لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره، فيكون سبباً للضمان عند وجود التلف به.

وروي عن علي أيضاً: أنه أوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما، فتعارضت الرواية عنه.. فرجحنا بما ذكرناه.

أو: يحمل ما روي عنه: أنه واجب النصف على أنهما تعمّدا ذلك؛ فإن في العمد يجب على عاقلة كل واحد منهما: نصف الدية.

ويحمل ما روي أنه أوجب كل الدية: في الخطأ؛ توفيقاً بينها.

وأما ما استشهدا به من المسائل المذكورة من الاصطدام عمداً، أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه، وحفر البئر في الطريق.. ففعلُ كل واحد منهما في هذه

وإِنْ تجاذبا حبلاً فَانْقَطعَ، فماتا:

فَإِن وَقعا على ظهرِهِما.. فهما هَدَرٌ.

المسائل محظور مطلقاً، فيعتبر في حق نفسه أيضاً، فيكون قاتلاً لنفسه.

ثم الحكم الذي ذكرناه - أعني: وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل منهما، وفي الخطأ: الدية الكاملة - فيما إذا كانا حرين.

ولو كانا عبدين.. يهدر الدم في العمد والخطأ.

أما في الخطأ: فلأن الجناية تعلقت برقبته دفعاً وفداء، وقد فاتت لا إلى خلف، من غير فعل من [٧٦١/أ] المولى يصير المولى به مختاراً للفداء.

وأما في العمد.. فكذلك؛ لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى، ولم يخلف بدلاً.

ولو كان أحدهما حراً، والآخر عبداً.. ففي الخطأ يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد كلها، فيأخذها ورثة الحر المقتول، ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة، عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن على أصلهما: أن تجب القيمة على العاقلة؛ لأنه ضمان الآدمي؛ فقد أخلف الحرُّ المقتولُ بدلاً بقدر القيمة، فيأخذها ورثة الحر، ويبطل ما زاد على القيمة؛ لعدم الخلف فيه؛ إذ لا فعل من المولى يصير به مختاراً للفداء.

وفي العمد: يجب على عاقلة الحر المقتول نصف قيمة العبد؛ لأن المضمون: هو النصف في العمد، وهذا القدر يأخذه ورثة الحر المقتول، وما على العبد في رقبته - وهو نصف دية الحر - يسقط بموته، إلا قدر ما أخلف من البدل، وهو نصف القيمة.

(وإن تجاذبا حبلاً، فانقطع، فماتا؛ فإن وقعا على ظهرهما.. فهما هدر)؛ لأن كل واحد منها مات بقوة نفسه.

وَإِن على وجهيهما.. فعلى عَاقِلَةِ كلٍّ دِيَةُ الآخرِ.

وَإِن اخْتلفَا.. فديَةُ مَن على وَجهِهِ: على عَاقِلَةِ مَن على ظَهرِه.

وَإِن قَطَعَ آخرٌ الْحَبلَ فماتا.. فديتُهما على عَاقِلَتِهِ.

وَإِن سَاقَ دَابَّةً فَوَقَعَ سَرجُها أَو غَيرُهُ مِن أَدواتِها على إِنْسَانٍ فَمَاتَ.. ضَمِنَ.

وَكَذَا: قَائِدُ قطارٍ ....

(**وإن**) وقعا (**على وجهيهما.. فعلى عاقلة كل**) واحد منهما (**دية الآخر**)؛ لأن كل واحد منهما مات بقوة صاحبه.

(**وإن اختلفا**)؛ بأن وقع أحدهما على القفاء، والآخر على الوجه (.. **فدية من على وجهه على عاقلة من على ظهره**)، ولا دية لمن وقع على ظهره؛ لأنه مات بقوة نفسه.

بخلاف من وقع على وجهه؛ فإنه مات بقوة صاحبه.

(**وإن قطع آخر**)؛ أي: قطع إنسان آخر (**الحبل**) الذي بينهما، (**فماتا**)؛ أي: المتجاذبان (.. **فديتهما على عاقلته**)؛ أي: عاقلة الآخر، وهو: من قطع الحبل.

(**وإن ساق دابة فوقع سرجها أو غيره من أدواتها**) كاللجام (**على إنسان، فمات.. ضمن**)؛ لأنه متعد في هذا التسبيب؛ لأن الوقوع عليه بتقصير منه بترك الشد والإحكام فيه.

بخلاف الرداء؛ لأنه لا يشد عادة، ولأنه قاصد لحفظ نحو السرج وغيره من الأدوات؛ كما في المحمول على عاتقه، دون اللباس، وقد تقدم من قبل، فيتقيد بشرط السلامة.

وكذا الحال: فيما يحمل على الدابة، فوقع على إنسان، فمات.. ضمن؛ لما ذكر.

(**وكذا: قائد قطار**).

وَطِئَ بعيرٌ مِنْهُ إِنْسَاناً.

والنَّفسُ: على عَاقِلَتِهِ، وَالْمَالُ: فِي مَالِهِ.

وَإِن كَانَ مَعَ الْقَائِد سائِقٌ.. فالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا.

وإِن رُبِطَ بعيرٌ على قطارٍ بِغَيْرِ عِلْمِ قائِدِهِ، فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ.. ضَمِنت عَاقِلَةُ الْقَائِدِ الدِّيَةَ، ....

القِطار - بكسر القاف - من الإبل: عدد على نسق واحد، والجمع: قُطُر؛ مثل: كتاب وكتب. كذا في «المصباح».

(**وطئ بعير منه إنساناً**)؛ أي: ضمن عاقلةُ القائد الديةَ [٧٦١/ب] ؛ لأن القائد يلزمه حفظ القطار؛ كالسائق، وقد أمكنه التحرز عنه، فصار متعدياً بالتقصير.

(**والنفس على عاقلته**)؛ أي: عاقلة القائد.

(**والمال في ماله**)؛ أي: مال القائد؛ لأن العاقلة إنما تعقل النفس لا المال.

(**وإن كان مع القائد سائق.. فالضمان عليهما**)؛ لأن قائد الواحد: قائد للكل، وكذا سائقه؛ لاتصال الأزمَّة، فاستويا في التسبب، فيجب على عاقلتهما الدية.

لكن هذا إذا كان السائق في جانب من الإبل؛ أما إذا توسطها وأخذ بزمام واحد.. يضمن هو وحده ما عطب مما هو خلفه، ويضمنان ما تلف مما هو قدامه؛ لأن القائد لا يقود ما خلف السائق؛ لانفصام [الزمام][1]، والسائق يسوق ما يكون قدامه.

(**وإن رُبط بعيرٌ على قطار بغير علم قائده، فعطب به إنسان.. ضمنت عاقلة القائد الدية**)؛ لأنه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط غيره به؛ فإذا ترك الصيانة.. صار متعدياً بالتقصير، وهو سبب للضمان، وفي التسبيب: الدية على العاقلة؛ كما في القتل الخطأ.

---

(١) زيادة من «فتح القدير» (١٠/٣٣١).

وَرَجَعُوا بهَا على عَاقِلَةِ الرَّابطِ.

(ورجعوا)؛ أي: عاقلة القائد (بها)؛ أي: بالدية (على عاقلة الرابط)؛ لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة.

وإنما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء، مع أن كل واحد منهما سبب.. لأن القود بمنزلة المباشرة بالنسبة إلى الربط؛ لاتصال التلف به دون الربط، فيجب عليه الضمان وحده، ثم يرجع به عليه.

أطلق الرجوع على عاقلة الرابط، ولم يقيده بتسيير القطار على ما هو كذلك وضع «الجامع الصغير»، لكن المشايخ قيدوه وقالوا: رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط إذا ربط الرابط والقطار يسير.

أما إذا ربط والإبل قيام، ثم قادها القائد.. فإنه يضمنها القائد بلا رجوع على أحد؛ لأن الربط حين سير القطار: أمر بالقود دلالة، وإذا لم يعلم القائد ذلك.. لا يمكنه التحفظ عنه، ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه؛ لتحقق الإتلاف منه، وهو الموجب، وإنما ينفى الإثم؛ لأنه عذر في حق الإثم، فيكون قرار الضمان على الرابط.

بخلاف ما إذا ربط والإبل واقفة؛ فإنه يضمن عاقلة القائد بلا رجوع على عاقلة الرابط؛ لأن القائد قاد بعير غيره بغير إذنه: لا صريحاً، ولا دلالة، فلا يرجع بما لحقه على أحد.

غاية الأمر: أنه متعد بالربط والإيقاف على الطريق، لكنه زال ذلك [٧٦٢/أ] التعدي بقود القائد، فصار كما لو وضع حجراً على الطريق، وحوله غيره عن ذلك الموضع.

وكذا: إذا علم القائد بالربط.. لا ترجع عاقلته على أحد بما لحقهم من الضمان؛ لأن القائد رضي بذلك، والتلف اتصل بفعله.. فلا يرجع، وهو القياس فيما

وَمَن أَرسَلَ بَهِيمَةً أَو كَلْباً وَسَاقَهُ.. ضَمِنَ مَا أَصَابَ فِي فورِهِ.

وَفِي الطَّيرِ.. لَا يَضْمَنُ وَإِن سَاقَهُ.

وَكَذَا: فِي الدَّابَّةِ والكَلْبِ إِذا لَمْ يُسَق أَوِ انْفَلَتَتْ بِنَفسِهَا لَيْلاً أَو نَهاراً، فأَصَابَت مَالاً أَو نَفْساً.

إذا لم يعلم؛ لأن الجهل لا ينافي الضمان، ولكن استحسن الرجوع؛ لما ذكرناه، ولهذا قيّده بعدم العلم.

(ومن أرسل بهيمة أو كلباً)، اقتصر في «الهداية» على «البهيمة».

وقال في «النهاية» و«العناية»: مراده بالبهيمة: الكلب؛ بقرينة بعض عبارته، فجمع المصنف كليهما، ولقد أحسن.

(وساقه)؛ بأن يمشي خلفه معه (.. ضمن ما أصاب في فوره)؛ لأنه الحامل لها، فأضيف فعلها إليه؛ كما يضاف فعل المكرَه إلى المكرِه فيما يصلح آلة له.

ولو لم يسقه؛ فما دامت في فورتها.. ضمن ما أصاب أيضاً؛ لأن ما أصابته في فورتها.. فهو ملحق بالسابق حكماً؛ فتقييده بالسوق لا يشمله، إلا إذا عمم بالحقيقي والحكمي.

(وفي الطير: لا يضمن وإن) وصلية (ساقه)؛ لأن بدنه لا يحتمل السوق، فصار وجود السوق وعدمه سواء؛ فلو قتل صيداً مملوكاً.. لم يضمن.

ولو كان ذلك في الحرم، وقتل صيد الحرم.. لم يلزمه شيء.

(وكذا)؛ أي: لا يضمن (في الدابة والكلب إذا لم يسق)؛ لا حقيقة؛ بأن يمشي خلفه، ولا حكماً؛ بأن أصاب في فورتها بلا تراخٍ.

(أو انفلتت) الدابة؛ أي: أطلقت من قيدها (بنفسها)؛ أي: بلا صنع صاحبها (ليلاً أو نهاراً، فأصابت مالاً أو نفساً)، وهذا: لأن الضمان بالتعدي، أو التعدي بالسوق حقيقة أو حكماً؛ فإذا لم يوجد السوق.. لم يوجد التعدي، فكذا الضمان.

فإن قيل: قد ذكر في كتاب الصيد: أنه إذا أرسل الكلب إلى صيد.. يؤكل ما

أصابه وإن لم يكن له سائق، لا حقيقة ولا حكماً؛ فما الفرق بين هذا وبين ما نحن فيه؛ حيث اشترط فيما نحن فيه في وجوب الضمان: وجود السائق حقيقة أو حكماً؟

قلنا: الفرق بينهما على ما ذكره في «الهداية»: أن البهيمة فاعل مختار في فعلها، ولا تصلح نائبة عن المرسل، ولا يضاف فعلها إلى غيرها كما هو الأصل في الأفعال الاختيارية، إلا أن الحاجة مست في الاصطياد، فأضيف فعل المرسَل إلى المرسِل؛ لأن الاصطياد أمر مشروع، ولا طريق له سواه؛ فلو شرط السوق.. لانسد باب الاصطياد، وهو مفتوح، فأضيف إلى المرسِل ما دام الكلب المرسَل في تلك الجهة [٧٦٢/ب] ولم يفتر عنها وإن غابت مع الصيد عن بصره، ولا حاجة إليه في ضمان العدوان، فبقي على الأصل، فكان مضافاً إلى الكلب نفسه؛ لأنه مختار في فعله ولم يكن مضافاً إلى المرسِل، فلم يضمن.

وعن أبي يوسف: أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً لأموال الناس، والمشايخ أخذوا بقوله.

وذكر في «الهداية» نقلاً عن «المبسوط»: أنه إذا أرسل دابة في طريق المسلمين؛ فما أصاب في فورها.. فالمرسل ضامن؛ لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها، ولو انعطفت يمنة ويسرة.. انقطع حكم الإرسال، إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه.

وكذا: إذا وقفت، ثم سارت.. ينقطع حكم الإرسال بالوقفة.

بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد، ثم سار فأخذ الصيد؛ لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل؛ لأنه يمكنه من الصيد، وهذه الوقفة - أي: وقفة الدابة - تنافي مقصود المرسل؛ لأن مقصوده: هو السير لا الوقوف، فينقطع حكم الإرسال.

وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره.. لا يضمن من أرسله.

وَمَن ضَرَبَ دَابَّةً عَلَيْهَا رَاكِبٌ، أَو نخَسَها ....

وفي الإرسال في الطريق.. يضمنه؛ لأن شغل الطريق تعد، فيضمن ما تولد منه.

وأما الإرسال للاصطياد.. فمباح، ولا تسبيب إلا بوصف التعدي.

وفي «العمادية»: لو دخل رجل دار قوم.. فعقره كلبهم.. فلا ضمان عليهم؛ لأنه لم يوجد الإغراء والإشلاء منهم.

وفي «التجنيس»: رجل له كلب عقور، كلما مر عليه مارّ يعضه، فعض إنساناً، هل يجب عليه الضمان؟

إن تقدموا في صاحب الكلب قبل العض.. يضمن، وإن لم يتقدموا فيه قبل العض.. لا يضمن.

وفي «قاضي خان»: ينبغي أن لا يضمن إذا لم يكن من صاحبه إشلاء.

وفي «شرح الطحاوي»: ولو أغرى كلباً حتى عقر رجلاً.. لا ضمان على المغري عند أبي حنيفة؛ كما إذا أرسل طائراً فأصاب في فوره ذلك.. فإنه لا يضمن بالإجماع.

وعند أبي يوسف: سواء يسوقه أو يقوده بعد أن كان أغراه.

وقال محمد: إن كان قائداً له أو سائقاً.. يضمن، وإلا.. فلا، وبه أخذ الطحاوي.

ولو أخذ هرة وألقاها إلى حمامة رجل أو دجاجته، فأكلت الهرة الحمامة؛ فإن أخذته الهرة برميه إليها.. يضمن.

وإن أخذتها بعد الرمي.. لا يضمن.

(ومن ضرب دابة عليها راكب) في الطريق، **(أو نخسها)**.

النخس - بالمعجمة -: الطعن بالعود ونحوه، قال في «المصباح»: نخست الدابة [٧٦٣/أ]: طعنته بعود أو غيره فهاج.

فنفحتْ أَو ضربَتْ بِيَدِهَا أَحداً، أَو نفرَت فصدَمته، فَمَاتَ.. ضَمِنَ هُوَ لَا الرَّاكِبُ إِن فعَلَ ذَلِكَ حَالَ السَّيرِ.

وَإِن أَوقفَها لَا فِي ملكِهِ.. فعلَيْهِمَا.

وَإِن نفحَتِ الناخسَ.. فدَمُهُ هَدَرٌ.

وَإِن أَلْقَتِ الرَّاكِبَ.. فضمانُهُ على الناخسِ.

وَإِن فعلَ ذَلِكَ بِإِذنِ الرَّاكِبِ.. فَهُوَ كَفعلِ الرَّاكِبِ، ....

(فنفحت) الدابة؛ أي: ضربت بحد حافرها أو ذنبها، (أو ضربت بيدها أحداً أو نفرت) الدابة من ضربه أو نخسه، (فصدمته)؛ أي: أحداً (فمات) ذلك الرجل من صدمها (.. ضمن هو)؛ أي: الضارب والناخس، (لا الراكب؛ إن فعل ذلك)؛ أي: الضرب والنخس (حال السير).

والقياس: أن يضمن الراكب دون الناخس والضارب؛ لأن الراكب مباشر، والتعدي ليس بشرط في المباشرة، إلا أنا تركنا القياس؛ لما روي عن عمر وابن مسعود: أنهما أوجبا على الناخس والضارب: دون الراكب، ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الضارب والناخس، فأضيف فعل الدابة إليهما؛ كأنهما فعلا بيديهما.

(وإن أوقفها)؛ أي: الدابة (لا في ملكه)؛ أي: في طريق المسلمين، أو في ملك غيره (.. فعليهما)؛ أي: فالضمان على الراكب وعليهما نصفين؛ لأنه متعد في الإيقاف؛ مثل الناخس والضارب.

(وإن نفحت) الدابة (الناخس) أو الضارب (.. فدمه هدر)؛ لأنه بمنزلة الجاني على نفسه.

(وإن ألقت الراكب) بالنخس أو الضرب فقتله (.. فضمانه على الناخس) أو الضارب؛ أي: على عاقلتهما؛ لأنه متعد في تسبيبه، وفيه الدية على العاقلة.

(وإن فعل ذلك)؛ أي: الضرب والنخس (بإذن الراكب.. فهو كفعل الراكب) أو بنخسها بنفسه؛ أي: لا ضمان عليه؛ لأن الراكب له ولاية الضرب والنخس؛ فإذا أمر

لَكِن إِنْ وطِئت أحداً فِي فورِها بعدَ النخسِ بالإذنِ.. فديتُهُ عَلَيْهِمَا، وَلَا يرجعُ الناخسُ على الرَّاكِبِ فِي الْأَصَحِّ؛ ....

غيره به.. كان ذلك كفعله؛ لأنه أمر بما يملكه، فيصح أمره، فينتقل فعل المأمور إليه؛ لكونه آمراً.

ولو نخسها الراكب بنفسه ونفحت رجلاً.. لا ضمان على الراكب؛ لعدم إمكان التحرز عنه، فكذا: لا ضمان على الناخس في نفحها إذا نخس بإذن الراكب.

(لكن إن وطئت أحداً في فورها بعد النخس بالإذن.. فديته عليهما)؛ لأن سيرها في تلك الحالة - والإذن يتناوله - فعله من حيث إنه سوق، ولم يتناوله من حيث إنه إتلاف.

فمن هذا الوجه: يقتصر على الناخس.

فإن قيل: الراكب صاحب علة للوطء، ولهذا وجب عليه الكفارة، والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطء، حتى لم يجب عليه الكفارة، والإضافة إلى العلة أولى.

أجيب عنه: بأن الركوب، وإن كان علة للوطء، لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة؛ لتأخره عن الركوب، بل هو شرط أو علة للسير، والسير علة للوطء، فكان الوطء ثابتاً بعلتين، فيجب الضمان عليهما؛ كمن جرح إنساناً فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة [٧٦٣/ب] الطريق ومات.. فالدية عليهما؛ لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح، فكذا هذا.

(ولا يرجع الناخس على الراكب في الأصح).

وقيل: يرجع عليه بما ضمن في الإيطاء؛ لأنه فعل بأمره.

وجه الأصح: أنه لم يأمره بالإيطاء، بل بالنخس، والنخس منفصل عن الإيطاء، ليس عينه ولا لازمه.

كَمَا لَو أَمرَ صَبياً يسْتَمْسكُ على دَابَّةٍ بتسييرِها، فوطئَت إِنْسَاناً فَمَاتَ.. لَا يرجعُ عَاقِلَةُ الصَّبِيّ بِمَا غَرموا منَ الدِّيَةِ على الْآمِرِ.

وَكَذَا: لَو ناولَ الصَّبِيَّ سِلَاحاً فَقتلَ بِهِ أحداً.

وَكَذَا: الحكمُ: فِي نخسِها وَمَعَهَا قَائِدٌ أَو سائقٌ.

وَإِن نخسَها شَيْءٌ مَنْصُوبٌ فِي الطَّرِيقِ.. فَالضَّمَانُ على مَن نَصبَهُ.

(كما لو أمر صبياً يستمسك) صفة لصبي إنما قيد به؛ لأنه إذا لم يستمسك على الدابة.. لا ضمان على أحد:

أما على الصبي: فلأن مثله بمنزلة الحمل على الدابة.. فلا يضاف السير إليه.

وأما على الرجل: فلأنه لم يسيرها، وإذا لم يضف سيرها إلى أحد.. كانت منفلتة، وفعلها: جبار.

(على دابة بتسييرها) الباء متعلق بالأمر، **(فوطئت)** الدابة **(إنساناً، فمات.. لا يرجع عاقلة الصبي بما غرموا من الدية على الآمر)**؛ لأنه أمر بالتسيير، والإيطاء منفصل عنه.

(وكذا: لو ناول الصبي سلاحاً فقتل) الصبي **(به)**؛ أي: بذلك السلاح **(أحداً)**.. ضمن عاقلة الصبي الدية، ثم لا يرجعون على عاقلة من ناول سلاحاً؛ لأنه لم يأمره بالقتل، بل أمره بإمساك السلاح، والقتل منفصل عنه.

(وكذا الحكم: في نخسها ومعها قائد أو سائق)؛ يعني: رجل قاد دابة أو ساقها، فنخسها رجل آخر، فانفلتت الدابة من يد القائد أو السائق، فأصابت في فورها إنساناً.. فالضمان على الناخس دون القائد أو السائق؛ لأن الناخس متعد في التسبيب، فيضاف الإتلاف إليه.

(وإن نخسها)؛ أي: الدابة **(شيء منصوب في الطريق.. فالضمان على من نصبه)**؛ لأنه متعد بشغل الطريق، فأضيف الهلاك إليه؛ كأنه نخسها بفعله.

وَلَا فرقَ بَينَ كَونِ الناخِسِ صَبياً أَو بَالغاً.

وَإِن كَانَ عبداً.. فَالضَّمَانُ فِي رقبتِهِ.

وَجَمِيعُ مسَائِلِ هَذَا الْفَصْلِ وَالَّذِي قبلَهُ إِن كَانَ الْهَالِكُ آدَمِيّاً.. فَالدِّيَةُ على الْعَاقِلَةِ وإِنْ غَيرَهُ.. فالضمانُ في مالِ الجاني، ومَن فقأَ عينَ شاةِ قَصَّاب.. ضَمِنَ مَا نَقصهَا.

وَفِي عينِ الْفرسِ أَوِ الْبَغْلِ أَوِ الْحمارِ أَو بعيرِ الجزَّارِ أَو بقرتِهِ: ربعُ الْقيمَةِ.

(**ولا فرق بين كون الناخس صبياً أو بالغاً**)؛ لأنهما مؤاخذان بأفعالهما.

(**وإن كان**) الناخس (**عبداً.. فالضمان في رقبته**)، فيدفع بها، أو يفدى؛ يعني: إذا نخسه بغير إذن الراكب.

(**وجميع مسائل هذا الفصل والذي قبله إن كان الهالك آدمياً.. فالدية على العاقلة، وإن**) كان (**غيره.. فالضمان في مال الجاني**)؛ لأن العاقلة لا تعقل المال، وإنما تعقل النفس.

ولمّا ذكر ما يتعلق بجناية البهيمة.. شرع فيما يتعلق بالجناية على البهيمة، فقال: (**ومن فقأ عين شاة قصاب.. ضمن ما نقصها**)؛ لأن المقصود من شاة القصاب: اللحم، فلا يعتبر فيها إلا النقصان.

(**وفي عين الفرس، أو البغل، أو الحمار، أو بعير الجزار**)؛ أي: القصاب (**أو بقرته**)؛ أي: بقرة الجزار: (**ربع القيمة**).

قال الشافعي: فيه النقصان [٧٦٤/أ] أيضاً؛ اعتباراً بالشاة.

ولنا: ما روي أنه ﷺ قضى في عين الدابة بربع القيمة، وهكذا قضى عمر أيضاً، ولأن فيها مقاصد سوى اللحم؛ كالركوب، والزينة، والحمل، والعمل؛ فمن هذا الوجه: يشبه الآدمي، وقد تُمسك لغيره؛ كالأكل، ومن هذا الوجه: تشبه المأكول.. فعملنا بالشبهين؛ بشبه الآدمي: في إيجاب ربع القيمة، وبالشبه الآخر: في نفي النصف؛ كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

هذا في الجناية عليها بفقء عينها.

وبقي الكلام في الجناية عليها بقطع طرفها من يدها أو رجلها أو ذنبها أو أذنها، وقد استوفينا الكلام فيها في كتاب الغصب.. فارجع إليه.

* * *

(بَابُ جِنَايَةِ الرَّقِيقِ وَعَلَيْهِ)

جنايةُ الْمَمْلُوكِ لَا تُوجِبُ إلَّا دفعاً واحداً لو محلّاً للدَّفْعِ.

وَإِلَّا قيمَةً وَاحِدَةً لَو غيرَ مَحلٍّ لَهُ.

فَلَو جنى عبدٌ خطأً؛ ....

(بَاب)

(جِنَايَةِ الرَّقِيقِ وَعَلَيْهِ)

(جناية المملوك)؛ أي: على غير المولى؛ لأن جناية العبد على المولى: هدر؛ كما أن جناية المولى على العبد: هدر في غير العمد؛ كما في «الحاوي».

(لا توجب إلا دفعاً واحداً)؛ أي: توجب دفع رقبته إذا كانت الجناية في النفس موجبة للكمال؛ بأن كانت خطأ؛ لأنها إذا كانت عمداً.. توجب القصاص؛ سواء كانت الجناية واحدة أو أكثر.

(لو محلاً للدفع)؛ بأن كان قناً لم ينعقد له شيء من أسباب الحرية؛ كالتدبير وأمومية الولد والكتابة.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يكن محلاً للدفع بأن انعقد له شيء من التدبير وأمومية الولد والكتابة (.. قيمة واحدة)؛ أي: تجب قيمة واحدة وإن تكررت الجناية.

(لو غير محل له)؛ أي: للدفع.

هذا: مما لا حاجة إليه بعد الاستثناء المذكور.

(فلو جنى عبد خطأ) هكذا وقع في «الهداية» و«الكنز» أيضاً، لكن التقييد بالخطأ إنما يفيد في الجناية في النفس؛ لأن الجناية في النفس إذا كانت عمداً.. يجب فيها القصاص، فيفيد قيد الخطأ، وأما فيما دون النفس؛ أي: الأطراف.. فلا يفيد؛ لأن خطأ العبد وعمده فيما دون النفس: سواء؛ فإنه يوجب المال في الحالين؛ إذ القصاص لا يجري بين العبيد، ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس.

فَإِن شاءَ مولاهُ.. دفَعَهُ بهَا، ويملكُهُ وَليُّهَا.

وَإِن شَاءَ.. فدَاهُ بأَرشِها حَالّاً؛ فإِن مَاتَ العَبْدُ قبلَ أَن يخْتَارَ شَيْئاً.. بَطلَ حقُّ الْمَجْنِيّ عَلَيْهِ.

وهل تثبت هذه الجناية بإقرار العبد؟

ففي أحكام العبيد من «الأشباه»: أنها لا تثبت بالإقرار؛ حيث قال: وكذا إقرار العبد بجناية موجبة للدفع أو الفداء: غير صحيح، بخلافه بحد أو قود. انتهى.

(**فإن شاء مولاه.. دفعه**)؛ أي: دفع العبد إلى ولي الجناية (**بها**)؛ أي: بمقابلة الجناية، (**ويملكه**)؛ أي: العبد (**وليها**)؛ أي: الجناية.

(**وإن شاء.. فداه بأرشها**)؛ يعني: أن المولى مخير بين دفع رقبة العبد الجاني، وبين الفداء [٧٦٤/ب] بالأرش؛ لتخليص عبده.

لكن اختلف في الواجب الأصلي: هو الدفع، أو الفداء بالأرش؟

والصحيح على ما اختاره صاحب «الهداية»: هو الدفع، وللمولى أن يخلص بالفداء.

ولهذا: سقط الواجب عن المولى بموت العبد الجاني؛ لفوات محل الواجب، ولو كان الواجب الأصلي غير الدفع.. لما برئ المولى بهلاكه.

بخلاف موت الحر الجاني؛ حيث لا يسقط الواجب عن العاقلة، بل يجب الأرش على العاقلة.

(**حالاً**)؛ أي: حال كون كل من الدفع والفداء حالاً.

أما الدفع: فلأن الواجب عند اختياره الدفع: هو عين العبد، والتأجيل في الأعيان باطل؛ لأن التأجيل شرع للتحصيل ترفيهاً، وتحصيل الحاصل: باطل.

وأما الفداء؛ فلأنه لما جعل بدلاً عن العبد في الشرع.. قام مقامه، ولهذا: سمي فداء، فيأخذ حكمه، وهو الحلول.

(**فإن مات العبد قبل أن يختار**) المولى (**شيئاً**) من الدفع والفداء (**.. بطل حق المجني عليه**)؛ لفوات محل حقه.

وَإِن بَعْدَمَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ.. لَا يبطلُ حَقُّهُ.

فَإِن فدَاهُ فَجنى.. فَالْحكمُ كَذَلِكَ.

وَإِن جنى جنايتَينِ.. دَفعَهُ بهما، فيقتسمانِهِ بِنِسْبَةِ حقوقِهما، أَو فدَاهُ بأَرشِهما؛ ....

(وإن) مات (بعدما اختار الفداء.. لا يبطل حقه)؛ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى.

(فإن فداه فجنى) ثانياً (.. فالحكم كذلك)؛ أي: كحكم الجناية الأولى؛ لأنه لما فدى.. خلص الجاني عن الجناية الأولى، فصارت كأن لم تكن، فيجب بالثانية ابتداءً الدفعُ والفداء؛ لأنها ابتداء جناية.

(وإن جنى جنايتين.. دفعه بهما)؛ أي: بمقابلة الجنايتين، (فيقتسمانه)؛ أي: يقتسم وليا الجنايتين العبد الجاني (بنسبة حقوقهما).

لو قال: «حقيهما» كما وقع في «الهداية».. لكان أولى.

ومعنى نسبة حقوقهما: على قدر أرش جنايتهما؛ كذا في «الهداية».

وهذا: لأن المستحق إنما يستحقه عوضاً عما فات عليه، فلا بد أن يقسم على قدر المعوض.

(أو فداه)؛ أي: العبد الجاني (بأرشهما)؛ لأن تعلق الجناية الأولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية برقبته أيضاً؛ كالديون المتلاحقة.

ألا ترى: أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية، فحق المجني عليه الأول أولى أن لا يمنع.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين [ما إن تعلق حق المرتهن به]؛ فإن تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به، حتى إنَّ الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده.. لا تتعلق سائر الديون بالرهن؛ فقد منع تعلق الدين الأول برقبة غيره، وههنا لم يمنع؟

....

أجيب: بأن في الرهن إيفاء واستيفاء حكماً؛ فكأن المرتهن قد استوفاه، فلا يتعلق به غيره، وليس في الجناية كذلك.

وإن جنى جنايات.. فكذلك الحكم [٧٦٥/أ]؛ أي:

إما أن يدفعه المولى إلى أولياء الجنايات بها، فيقتسمون العبد المدفوع إليهم على قدر حصصهم.

وإما أن فداه لجميع أروشهم؛ لما ذكرناه من أن تعلق الجناية الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثاني بهما.

ولو جنى جنايتين مختلفتين؛ بأن قتل واحداً، وفقأ عين آخر.. يقتسمانه أثلاثاً؛ لأن أرش العين على النصف من أرش النفس.

وعلى هذا: حكم الشجات؛ فإنه لو شج رجلاً موضحة، ورجلاً آخر هاشمة، وآخر منقلة.. فللمولى الدفع والفداء.

وإن اختار الدفع.. يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد؛ لأن له خمسمائة، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه؛ لأن له ألفاً، وإلى صاحب المنقلة نصفه؛ لأن له ألفاً وخمسمائة، فيقتسمون الرقبة؛ هكذا ذكره في «العناية».

ثم للمولى أن يفدي من بعضهم، ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد في الجنايات والشجات؛ لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها - وهي الجنايات المختلفة، والشجات المختلفة - فيجوز أن يختار في أحدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر.

بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان؛ حيث لم يكن له أن يفدي من أحدهما، ويدفع إلى الآخر؛ لأن الحق متحد؛ لاتحاد سببه، وهو: الجناية المتحدة.

فإن قيل: إن الحق وإن كان متحداً بالنظر إلى السبب.. فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين، فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسألة مثل الأولى؟

فَإِن بَاعَهُ، أَو وهبَهُ، أَو أعْتقَهُ، أَو دبَّرهُ، أَوِ اسْتَوْلدَهَا غيرَ عَالمٍ بهَا.. ضَمِنَ الْأَقَلَّ؛ مِن قِيمَتِهِ، وَمنَ الْأَرْشِ.

وَإِن عَالماً بهَا.. ضَمِنَ الْأَرْشَ؛ ....

أجيب: بالمنع؛ بأنّا لا نسلم أن المستحق متعدد هنا، بل هو واحد؛ لأن الحق يجب للمقتول أولاً، ثم للوارث خلافة عنه، فلا يملك التفريق في موجبها.

(فإن باعه)؛ أي: إن باع المولى بيعاً صحيحاً العبد الجاني، (أو وهبه، أو أعتقه، أو دبره)، أو كاتبه، (أو استولدها)؛ أي: الأمة الجانية (غير عالم بها)؛ أي: الجناية (.. ضمن) المولى (الأقل من قيمته)؛ أي: قيمة العبد الجاني، (ومن الأرش).

(وإن) كان المولى (عالماً بها)؛ أي: بالجناية (.. ضمن الأرش)؛ لأنه:

في الأول: فوت حقه فيضمنه، وحقه: في أقلهما، ولا يصير مختاراً للفداء؛ لأنه لا اختيار بدون العلم.

وفي الثاني: صار مختاراً؛ لأن التصرفات المذكورة تمنعه من الدفع؛ لزوال ملكه بها، فالإقدام عليها: اختيارٌ منه للآخر؛ أعني: الفداء.

بخلاف الإقرار على رواية «الأصل»؛ فإنه إذا جنى العبد جناية، فقال وليّها: هو عبدك فادفعه أو افده، فقال: هو لفلان الغائب وديعة عندي، أو عارية، أو، إجارة، أو رهن.. لا يصير المولى بذلك [٧٦٥/ب] مختاراً للفداء؛ لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية؛ فإن المقر له مخاطب بالدفع إليه، وليس فيه نقل الملك؛ لجواز أن الأمر كما قاله المقر.

فإن كان الأمر كذلك.. خوطب المقر له بالدفع أو الفداء، وإلا.. خوطب المقر بذلك.

وعلى رواية الكرخي: إن الإقرار بذلك مثل البيع ونحوه؛ لأنه ملكه في الظاهر، فيستحقه المقر له، فأشبه البيع.

وذكر في «العناية» نقلاً عن «الإيضاح»: أن رواية الكرخي خارجة عن الأصول.

أطلق البيع، فشمل: البيع البات، والبيع بشرط الخيار للمشتري؛ لأنه يزيل الملك.

بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه.

وبخلاف العرض على البيع؛ لأنه يصير بهما مختاراً للفداء؛ لأن الملك ما زال بهما.

فإن قيل: المشتري بشرط الخيار إذا باع بشرط الخيار لنفسه.. كان مجيزاً للبيع، والبائع بشرط لنفسه إذا عرض على البيع.. كان فاسخاً للبيع، فلِمَ لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختاراً للفداء؟

أجيب: بأن ثمة ضرورة لم تتحقق ههنا، وهي: أنه لو لم يجعل مجيزاً وفاسخاً هناك.. لكان تصرفاً واقعاً في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الأولى وتقدير الإجازة في الثانية.

وأما ههنا؛ فلو لم يجعل مختاراً للفداء بهذا التصرف.. لم يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير، فافترقا؛ كذا في «العناية».

ولو باع المولى بيعاً فاسداً.. لم يصر مختاراً للفداء حتى يسلمه؛ لأن الزوال بالتسليم.

بخلاف الكتابة الفاسدة؛ مثل: إن كاتب المسلم عبده الجاني على خمر أو خنزير؛ فإنه يصير مختاراً للفداء؛ لأن موجبه يثبت بنفس العقد مثل القبض، وهو تعليق العتق بالأداء.

ولو باعه مولاه من المجني عليه.. فهو مختار للفداء.

بخلاف ما إذا وهبه منه؛ لأن المستحق له أخذه بغير عوض، وهو متحقق في الهبة دون البيع.

وإعتاق المجني عليه بأمر المولى: بمنزلة إعتاق المولى في اختياره للفداء.

كَمَا لَو علَّق عِتْقَهُ بقتلِ زيدٍ، أَو رميهِ، أَو شجِّهِ، فَفعلَ.

ولو ضربه المولى فنقصه.. فهو مختار للفداء إذا كان عالماً بالجناية؛ لأنه حبس جزء منه.

وكذا: إذا كانت بكراً فوطئها وإن لم يكن معلقاً؛ لأنه نقصها.

بخلاف التزويج؛ لأنه عيب من حيث الحكم.. فلا يلزم منه أن يختار الفداء.

وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية؛ لأنه لا ينقص من غير إغلاق.

وبخلاف الاستخدام [٧٦٦/أ]؛ لأنه لا يختص بالملك، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط.

ولا يصير مختاراً للفداء بالإجارة والرهن في الأظهر.

وكذا: بالإذن في التجارة وإن ركبه دين؛ لأن الإذن لا يفوت الدفع، ولا ينقص الرقابة، إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله؛ لأن الدين لحقه من جهة المولى، فيلزم المولى قيمته.

(**كما لو علق عتقه بقتل زيد، أو رميه، أو شجه، ففعل**)؛ يعني: إذا علق عتق عبده بجناية توجب الدية؛ مثل أن يقول: إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته.. فأنت حر، ففعل العبد ذلك الفعل.. يصير المولى مختاراً للفداء عندنا.

خلافاً لزفر؛ لأن اختيار الفداء إنما يكون بعد الجناية والعلم بها، وعند تكلم المولى ذلك الكلام: ليس شيء من الجناية والعلم بها بموجود، وبعد الجناية: لم يوجد من المولى فعل يصير به مختاراً للفداء.

ولنا: أنه علق الإعتاق بالجناية، والمعلق بالشرط: ينزل عند وجود الشرط كالمنجز، لا قبله، فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية.

ألا ترى: أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار فوالله لا أقربك.. يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول.

وَإِن قَطَعَ عبدٌ يَدَ حرٍّ عمداً، فَدُفِعَ إِلَيْهِ، فَأَعْتَقَهُ، فسرى.. فَالْعَبْدُ: صلحُ الْجِنَايَةِ.

وَإِن لم يَكُن أَعتقَهُ.. يُرَدُّ على سَيِّدِهِ، فيقادُ أَو يُعْفَى.

وكذا: إذا قال لها: إذا مرضتُ فأنت طالق، فمرض حتى طلقت، ومات من ذلك المرض.. يصير فاراً؛ لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض.

ولأن مولاه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إلى القتل، والظاهر: أنه يفعله، وهذا دلالة الاختيار.

هذا إذا علقه بجناية توجب الدية؛ كالخطأ وشبه العمد.

وإن علقه بجناية توجب القصاص؛ بأن قال له: إن ضربته بالسيف فأنت حر.. فلا يجب على المولى شيء بالاتفاق؛ لأنه لا فرق بين الحر والعبد في القصاص، فلم يكن المولى مفوّتاً حق ولي الجناية بالعتق.

(**وإن قطع عبد يد حر عمداً، فدُفع**) العبد (**إليه**)؛ أي: إلى الحر المقطوع يده، (**فأعتقه**) الحر المدفوع إليه، (**فسرى**) القطع، فمات الحر منه (.. **فالعبد: صلح الجناية**)؛ سواء كان دفعه بالقضاء، أو لا.

(**وإن لم يكن**) المقطوع يده (**أعتقه.. يرد**) العبد (**على سيده، فيقاد أو يعفى**)، وهذا: لأنه إذا لم يعتقه وسرى.. تبين أن الصلح كان باطلاً؛ لأن الصلح وقع على المال - وهو العبد - عن دية اليد؛ لأن القصاص لا يجري بين الحر والعبد في الأطراف، وبالسراية: تبين أن دية اليد غير واجبة، وإنما الواجب: القصاص، فكان الصلح واقعاً بغير بدل، فبطل، والباطل: لا يورث شبهة [٧٦٦/ب].

كما لو وطئ مطلقته الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها؛ فإنه لا يصير شبهة في درء الحد، فكذا هذا، فوجب القصاص.

بخلاف ما إذا أعتقه؛ لأن الإقدام على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح؛ لأن الظاهر: أن من يقدم على تصرف: يقصد تصحيحه، ولا صحة لهذا

وَكَذَا لَو كَانَ الْقَاطِعُ حرّاً، فَصَالحَ الْمَقْطُوعُ على عبدٍ وَدفعَهُ إِلَيْهِ؛ فَإِن أَعْتَقَهُ ثُمَّ سرى.. فَهُوَ صُلْحٌ بهَا.

وَإِن لم يُعتِقْهُ فَسرى.. رُدَّ وَأُقِيدَ.

الصلح إلا وأن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها، ولهذا: لو نص عليه ورضي المولى به.. يصح، وقد دل الدليل على الرضاء؛ لأنه لما رضي بكون العبد عوضاً عن القليل.. يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير؛ فإذا أعتق.. يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء.

وإذا لم يعتق.. لم يوجد الصلح ابتداء، والصلح الأول وقع باطلاً، فيرد العبد إلى المولى، والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل.

(وكذا: لو كان القاطع حراً فصالح) القاطع (المقطوع) يده (على عبد ودفعه)؛ أي: دفع القاطع العبد المصالح عليه (إليه)؛ أي: إلى المقطوع يده.

(فإن أعتقه) المقطوع يده، (ثم سرى) القطع إلى النفس ومات منه (.. فهو)؛ أي: هذا الصلح (صلح بها)؛ أي: بالجناية.

(وإن لم يعتقه، فسرى) القطع (.. ردّ) العبد إلى سيده (وأقيد)، أو يعفى كما في المسألة الأولى، والأَولى أن يذكره.

ولم يقتصر على ذكر القود؛ لأن ولي الجناية مخير بين القود والعفو بعد الرد إلى سيده؛ كما في المسألة الأولى، على ما صرح به في «الهداية» و«الزيلعي».

ثم قال في «الزيلعي»: إن هذه المسألة ترد إشكالاً على قول أبي حنيفة في مسألة تقدم ذكرها، وهي: أن من قطعت يده عمداً فعفا عن القطع، فمات منه.. فعلى قاطعه الدية في ماله عند أبي حنيفة، لا القود؛ فإنه حكم في هذه المسألة ببطلان العفو عن القطع، وعدم وجوب القود، وحكم فيما نحن فيه: ببطلان الصلح ووجوب القود؛ فيما إذا لم يعتق العبد، وببقاء الصلح فيما إذا أعتقه.

ثم أجاب عنه:

بأن ما ذكر - فيما نحن فيه من مسألة الصلح فيما إذا لم يعتق - جواب القياس.

وما ذكر - فيما تقدم من مسألة العفو عن القطع، ثم السراية - جواب الاستحسان.

فيكون وضع المسألتين على القياس والاستحسان.

وقيل: بالفرق بينهما.

ووجه الفرق: أن الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية، ولا يبطلها؛ لأن الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنًى؛ لاستيفاء بدلها، وإذا بقيت الجناية.. يتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص [٧٦٧/أ]، وأما العفو: فهو مقدم للجناية، والعفو عن العفو وإن بطل بالسراية إلى النفس، لكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو، وهي كافية لدرء الحد.

وأما إذا أعتقه.. فجوابه: هذا الفرق الذي ذكرناه؛ لأن العتق يحصل صلحاً ابتداء.

بخلاف العفو.

وعلى قولهما: ترد إشكالاً أيضاً في الصورتين؛ لأنهما كانا يجعلان العفو عن القطع في المسألة المتقدمة عفواً عما يحدث منه، وفي هذه المسألة - أي: مسألة الصلح - لم يجعلا كذلك، بل أوجبا القصاص عليه إذا لم يعتقه، وجعلاه صلحاً مبتدأ إذا أعتقه.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة والمسألة التي ذكرت قبلها، وهي قوله: «وإن قطع عبد يد حر فدفع إليه فأعتقه.. إلخ»، حتى خص في «الهداية» و«الزيلعي» ورود الإشكال المذكور بهذه المسألة دون ما ذكر قبلها؟

أجيب: بأن دفع العبد في هذه المسألة بطريق الصلح؛ حيث قال: «فصالح المقطوع»، والصلح متضمن للعفو، فتكون هذه المسألة نظير المسألة المتقدمة؛

وَإِن جنى مَأْذُونٌ مديونٌ خطأً، فَأَعْتَقَهُ غيرَ عَالِمٍ بهَا.. ضَمِنَ:
لربِّ الدّينِ: الْأَقَلَّ مِن قِيمَتِهِ، وَمِن دَيْنِهِ.
ولولي الْجِنَايَة: الْأَقَلَّ مِن قِيمَتِهِ، وَمِن أَرْشِهَا.

أعني: مسألة العفو عن القطع، فترد الإشكال المذكور، ولا كذلك المسألة المذكورة قبل هذه المسألة؛ لأن الدفع فيها ليس بطريق الصلح، بل بطريق الدفع، ولهذا قال فيها: «فدفع إليه»، فلا ترد هذه المسألة؛ أي: مسألة الدفع إشكالاً على مسألة العفو.

(**وإن جنى مأذون مديون خطأ، فأعتقه**) سيده (**غير عالم بها**)؛ أي: بالجناية (**..ضمن لرب الدين: الأقل من قيمته ومن دينه، ولولي الجناية: الأقل من قيمته ومن أرشها**)؛ أي: أرش الجناية، وهذا: لأن السيد أتلف بالإعتاق حقين: الدفع لولي الجناية، والبيع للدائن، وكل منهما مضمون بكل القيمة عند الانفراد إذا كانت القيمة أقل من الدين ومن الأرش.. فكذلك عند الاجتماع؛ لأن الاجتماع بين الحقين ههنا: ممكن إيفاء من الرقبة الواحدة؛ بأن يدفع إلى ولي الجناية أولاً، ثم يباع للغرماء؛ فإذا كان كذلك.. يضمنهما؛ لأن الإتلاف ورد عليهما لاجتماعهما فيه.

بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي والمسألة بحالها؛ حيث تجب عليه قيمة واحدة للمولى، ويدفعها المولى إلى الغرماء؛ لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك.. فلا يظهر في مقابلته حق الدفع؛ لأنه دون الملك؛ لأن الحق دون الحقيقة.

وههنا: يجب لكل منهما بإتلاف الحق، فلا ترجح، فيظهران، فيضمنهما؛ كذا في «الهداية».

والأصل هنا [٧٦٧/ب]: أن العبد إذا جنى وعليه دين.. يخير المولى بين الدفع والفداء؛ فإن دفع إلى ولي الجناية.. بيع في دين الغرماء؛ فإن فضل شيء.. كان لأصحاب الجناية؛ لأن الغريم مقدم في المطالبة على ولي الجناية معنى، وإنما بدأنا بالدفع إلى ولي الجناية؛ لأن فيه توفير الحقين؛ فإن حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع، ثم يباع بعده لأرباب الديون، ومتى بدأنا ببيعه في الدين.. تعذر الدفع للجناية؛ لأنه تجدد الملك للمشتري ولم يوجد في يده جناية.

وَلَو ولدَت مأذونةٌ مديونةٌ.. يُبَاعُ مَعهَا فِي دَينهَا.

وَلَو جَنَت.. لَا يُدْفَعُ فِي جنايتِها.

فإن قيل: ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجباً؟

أجيب: بأنها إثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين؛ فإن للناس في الأعيان أغراضاً.

وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية؛ لأن موجبها: صيرورته حراً؛ فإن كان مشغولاً.. وجب دفعه مشغولاً.

ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء.. صرف إلى ولي الجناية؛ لأنه بيع على ملكه.

وإن لم يف بالدين.. تأخر الدين إلى حال الحرية؛ كما لو بيع على ملك المولى الأول.

وإنما قيد المسألة بعدم العلم بشيء عليه لضمان القيمتين؛ لأنه لو أعتقه وهو عالم بالجناية.. كان عليه الدية في النفس لأولياء الجناية، وقيمة العبد لصاحب الدين؛ لأن الإعتاق بعد العلم بالجناية: يوجب الأرش دون القيمة.

(ولو ولدت) أمة (مأذونة مديونة.. يباع) الولد (معها)؛ أي: مع الأمة (في دينها)؛ أي: دين الأمة.

(ولو جنت) الأمة المأذونة لها (.. لا يدفع) ولدها (في جنايتها).

والفرق بينهما: أن الدين وصف حكمي في الأمة، واجب في ذمتها، متعلق برقبتها استيفاء، حتى صار المولى ممنوعاً من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما، فكانت من الأوصاف الشرعية القارة في الأم، فتسري إلى الولد؛ كالكتابة والتدبير والرهن.

وأما موجب الجناية: فالدفع أو الفداء، وذلك في ذمة المولى، لا في ذمة الأمة، حتى لم يصر المولى ممنوعاً من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو استخدام، وإنما

يلاقيها أثر الفعل الحقيقي الحسي، وهو: الدفع، فلا يسري إلى الولد؛ لكونه وصفاً غير قار، حصل عند الدفع.

وأما قبل الدفع.. فرقبتها كانت خالية عن حق ولي الجناية.

فإن قيل: لا نسلم أن دين الأمة في ذمتها؛ فإن المولى إن أعتقها.. ضمن قيمتها، ولو كان في ذمتها.. لما ضمن؛ كما لو قتل مديون إنساناً؛ فإنه لا يضمن دينه.

أجيب: بأن وجوب ضمان [٧٦٨/أ] قيمة الأمة المديونة أو العبد المديون على المولى؛ لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعاً واستيفاء من ثمنه، لا باعتبار وجوب الدين على المولى، وإلا.. لوجب عليه إيفاء الديون، لا ضمان قيمة العبد.

وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله؛ لعدم المماثلة بين المتلف - وهو الدين - وما يقابله من العين ضماناً، وضمان العدوان يعتمد المماثلة.

لا يقال: إن تلك الأمة الجانية إذا جنى عليها قبل دفعها، وأخذ المولى الأرش ممن جنى عليها.. وجب دفع الأرش مع الأمة الجانية، فلم لم يدفع ولدها معها؟

لأنا نقول: إن الأرش بدل جزئها، وحق ولي الجناية: يتعلق بجميع أجزائها.

فإن فات جزء منها وأخلف بدلاً.. تعلق به كما إذا قُتِلت وأخلفت؛ اعتباراً للجزء بالكل.

بخلاف الولد؛ فإنه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلاً عن جزء.

ثم شرط سراية الدين إلى الولد: أن تكون الولادة بعد لحوق الدين، وإليه أشار بقوله: «ولو ولدت مأذونة مديونة»؛ لأنها إذا ولدت، ثم لحقها الدين.. لا يتعلق حق الغرماء بالولد، فلا يباع الولد معها في دينها.

بخلاف الأكساب؛ حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده؛ لأن لها يداً معتبرة في الكسب، حتى لو نازعها فيه أحد.. كانت هي الخصم فيه، فباعتبار الخصم: كانت هي أحق به من سيدها لقضاء دينها، بخلاف الولد؛ فإنه إنما يستحق

وَلَو أقرّ رجلٌ أَنَّ زيداً حرَّرَ عَبدَهُ فَقَتلَ ذَلِكَ العَبْدَ وليُّ الْمقرِّ خطأً.. فَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَإِن قَالَ مُعتَقٌ: قتلتُ أَخا زيدٍ قَبلَ عِتقي، وَقَالَ زيدٌ: بل بعدَهُ.. فَالْقَوْلُ للْمُعْتَقِ.

بالسراية، وذلك قبل الانفصال لا بعده؛ كولد المكاتبة والمدبرة وأم الولد، وكولد الأضحية.

(**ولو أقر رجل أن زيداً حرر عبده**) الضمير راجع إلى زيد، (**فقتل ذلك العبد ولي المقر خطأ.. فلا شيء له**) أي: للمقر؛ لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه.. فقد أقر أنه لا يستحق على المولى شيئاً من دفع العبد أو الفداء بالأرش، وإنما يستحق الدية على عاقلة العبد؛ لأنه حر على زعمه، فيصدق في حق نفسه لزعمه، فسقط الدفع والفداء عن المولى، ولا يصدق في دعواه الدية عليهم إلا بحجة.

واعلم: أن المصنف وضع المسألة فيما إذا كان الإقرار بالحرية قبل جناية العبد كما ترى، وهكذا وضع صاحب «الهداية».

وذكر في «المبسوط» الإقرار بالحرية بعد جناية العبد، وهما لا يتفاوتان في الحكم.

(**وإن قال معتَق**) على صيغة اسم المفعول: (**قتلت أخا زيد قبل عتقي، وقال زيد: بل**) قتلت أنت (**بعده**)؛ أي: بعد عتقك (.. **فالقول للمعتَق**)؛ لأنه منكر للضمان [٧٦٨/ب]؛ لأنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان عليه؛ إذ الكلام في عبد معروف الرق، والوجوب في جناية العبد: على المولى دفعاً أو فداء، وصار كما إذا قال البالغ العاقل: طلقت امرأتي وأنا صبي، أو بعت داري وأنا صبي، أو طلقت امرأتي وأنا مجنون، وكان جنونه معروفاً.. كان القول قوله؛ لما ذكرنا.

وَإِن قَالَ الْمولى لأَمَةٍ أَعْتقَهَا: قطعتُ يَدكِ قبلَ الْعتْقِ، وَقَالَت: بل بعدَهُ.. فَالْقَوْلُ لَهَا.

وَكَذَا: كلُّ مَا نَالَ مِنْهَا، إِلَّا الْجِمَاعَ وَالْغلَّةَ.

وَعند مُحَمَّدٍ: لَا يضمنُ إِلَّا شَيْء بِعَيْنِهِ يُؤمَرُ بردِّهِ إِلَيْهَا.

(**وإن قال المولى لأمة أعتقها: قطعت يدك قبل العتق، وقالت: بل بعده.. فالقول لها، وكذا: كل ما نال منها**)؛ أي: من الأمة؛ كقوله: أخذت منك هذا المال قبلما أعتقتك، وقالت الأمة: بل بعده.. فالقول لها؛ لأن المولى أقر بسبب الضمان، ثم ادعى البراءة، وهي تنكر.. فالقول للمنكر.

(**إلا الجماع والغلة**)؛ أي: قال لها: جامعتك وأنت أمتي، وقالت هي: بل جامعتني بعد العتق.. فالقول قول المولى استحساناً.

وكذا: لو قال لها: أخذت منك غلة عملك وأنت أمتي، وقالت هي: بل أخذت مني بعد العتق.. فالقول للمولى استحساناً، هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد: لا يضمن إلا شيئاً بعينه**)؛ يعني: لو كان المولى أقر بأخذ شيء منها بعينه، والمأخوذ قائم في يده، واختلفا فيه على الوجه المذكور.. يضمن بالإجماع؛ فإنه (**يؤمر برده**)؛ أي: ذلك الشيء القائم في يده بعينه (**إليها**)؛ أي: إلى الأمة؛ لأنه منكر وجوب الضمان؛ لإسناد الفعل إلى حاله معهودة منافية للضمان؛ كما في المسألة الأولى، وهي: حالة الرق.

وفي الجماع والغلة، وفي القائم في يده: أقر بيدها؛ حيث اعترف بالأخذ منها، ثم ادعى التمليك عليها، وهي تنكر، والقول قول المنكر، ولهذا يؤمر بالرد إليها.

ولهما: أنه أقر بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرأ به، فلا يكون القول قوله بلا بينة، وهذا: لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه يضمن يد أمتها لو قطعها وهي مديونة، بخلاف الجماع والغلة؛ لأن وطء المولى أمته المديونة: لا يوجب العقر.

وَلَو أَمَرَ عبدٌ مَحْجُورٌ أَو صبيٌّ صَبياً بقتلِ رجُلٍ فَقتلَهُ.. فَالدِّيَةُ على عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ، ورجَعوا على العبدِ بعدَ عتقِهِ، لا على الصبيِّ الآمرِ.

ولو كانَ مأمورُ العبدِ مثلَهُ.. ....

وكذا: إذا أخذ من غلتها وإن كانت مديونة.. لا يوجب الضمان، فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان في حق الجماع والغلة.

(ولو أمر عبد محجور، أو صبي صبياً بقتل رجل، فقتله) الصبي المأمور (.. فالدية على عاقلة القاتل)، وهو: الصبي المأمور بالقتل؛ لأن الصبي هو المباشر، وعمده وخطؤه سواء، فتجب الدية على عاقلته.

ولا شيء على الآمر عبداً محجوراً أو صبياً؛ لأنهما لا يؤاخذان بقولهما؛ لأن المؤاخذة [٧٩٦/أ] باعتبار الشرع والشرع لم يعتبر قولهما.

(ورجعوا)؛ أي: عاقلة القاتل (على العبد بعد عتقه)؛ لأنه أوقع الصبي في هذه الورطة، ولا قصور في أهليته، لكن قوله غير معتبر؛ لحق المولى.. فيضمن بعد العتق، لزوال حقه بالإعتاق.

(لا على الصبي الآمر)؛ لأنه قاصر الأهلية.

قال في شرح «الزيادات» للعتابي: لا ترجع العاقلة على العبد أيضاً؛ لأن هذا ضمان جناية، وهو على المولى لا على العبد، وقد تعذر إيجابه على المولى لمكان الحجر.

وقال في «الزيلعي»: وهذا أوفق للقواعد الفقهية.

ألا ترى أن العبد إذا أقر بعد العتق بالقتل قبله.. لا يجب عليه شيء؛ لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان.

وكذا: لو حفر العبد بئراً فأعتقه مولاه، ثم وقع فيها إنسان.. لا يجب على العبد شيء، وإنما تجب على المولى قيمته؛ لأن جناية العبد لا توجب عليه شيئاً، فيجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها ألف نفس، فيقتسمونها بالحصص.

(ولو كان مأمور العبد مثله)؛ أي: لو أمر عبد محجور عليه عبداً محجوراً عليه

دفعَ السَّيِّدُ الْقَاتِلَ أَو فدَاهُ إِن كَانَ: خطأً، أَوِ الْمَأْمُورُ صَغِيراً، وَلَا يرجعُ على الْآمِرِ فِي الْحَالِ.

وَيجبُ أَن يرجعَ عَلَيْهِ بعدَ عتقِهِ بِالْأَقَلِّ مِن قِيمَتِهِ وَمِنَ الْفِدَاءِ.

وَإِن كَانَ عمداً والمأمورُ كَبِيراً.. اقْتصَّ.

وَإِن قَتَلَ عبدٌ حُرَّيْنِ، لكلٍّ مِنْهُمَا وليَّانِ، فَعَفَا أَحدُ وليَّي كلٍّ مِنْهُمَا.. دَفَعَ نصفَهُ إِلَى الآخرَينِ، أَو فدى بديةٍ لَهما.

مثله بقتل زيد، فقتله العبد المأمور (.. دفع السيد)؛ أي: سيد العبد (القاتلَ) العبد القاتل إلى ولي المقتول (أو فداه إن كان) القتل (خطأً أو) كان العبد (المأمور صغيراً)؛ لأن خطأ الصغير وعمده سواء؛ لأن الصغير لا يؤاخذ بقوله شرعاً.

(ولا يرجع) سيد القاتل (على الآمر في الحال)؛ لأن الأمر قول، وقول المحجور عليه غير معتبر شرعاً.. فلا يؤاخذ به في الحال.

(ويجب أن يرجع عليه)؛ أي: على الآمر (بعد عتقه، بالأقل من قيمته ومن الفداء)؛ لأنه غير مضطر في دفع الزيادة حتى يرجع عليه بالزيادة أيضاً، بل هو مختار في دفعها؛ لأنه يتخلص عن عهده بإعطاء الأقل من الفداء أو قيمة العبد؛ لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منها.

(وإن كان) القتل (عمداً، والمأمور كبيراً.. اقتص)؛ لجريان القصاص بين الحر والعبد؛ لأن العبد من أهل العقوبة بالقصاص.

(وإن قتل عبد حرين)؛ أي: عمداً كذا في «الهداية».

(لكل منهما وليان فعفا أحد وليي كل منهما.. دفع) المولى (نصفه)؛ أي: نصف العبد القاتل (إلى) الوليين (الآخرين)؛ أي: اللذَين لم يعفوَا.

(أو فدى بدية) كاملة: عشرة آلاف درهم (لهما)؛ أي: للآخرين؛ لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما.. سقط القصاص في الكل، وانقلب نصيب الساكتين مالاً، وهو دية كاملة؛ لأن كل واحد من [٧٦٩/ب] المقتولين يجب له قصاص كامل على حدة؛ فإذا سقط القصاص.. وجب أن ينقلب كله مالاً، وذلك ديتان، فيجب على

وَإِن قتلَ أَحدَهمَا عمداً وَالْآخرَ خطأً، فَعَفَا أحدُ وليَّي الْعمدِ فدى بديةٍ لوَلِيّ الْخَطَأ، وبنصفِها لأحدِ وليّي الْعمدِ أَو دَفَعَ إِلَيْهِم يقتسمونَهُ أَثلَاثاً عولاً.

وَعِنْدَهُمَا: أَربَاعاً مُنَازعَةً.

المولى عشرون ألفاً، أو دفعُ العبد، غير أن نصيب العافين سقط مجاناً، فانقلب نصيب الساكتَين مالاً، وذلك دية واحدة لكل واحد منهما؛ نصف الدية أو نصف العبد لهما، فيخير المولى بينهما.

(**وإن قتل**) العبد (**أحدهما**)؛ أي: أحد الحرين (**عمداً، والآخر خطأً، فعفا أحد وليي العمد.. فدى بدية**) كاملة (**لولي الخطأ، وبنصفها لأحد وليي العمد، أو دفع**) العبد (**إليهم**)؛ لأن حقّهما في الدية عشرة آلاف درهم، وحق وليي العمد في القصاص؛ فإذا عفا أحدهما.. انقلب نصيب الآخر مالاً وهو نصف الدية خمسة آلاف درهم؛ فإذا فداه.. فدى بخمسة عشر ألف درهم، عشرة آلاف: لولي الخطأ، وخمسة آلاف: لغير العافي من وليي العمد.

وإن دفعه إليهم.. دفعه (.. **يقتسمونه أثلاثاً**)؛ ثلثاه: لولي الخطأ، وثلثه للساكت من وليي العمد (**عولاً**)؛ لأن حقهم في الدية فيضرب لولي الخطأ وهو اثنان في خمسة عشر ألفاً، ويضرب لغير العافي من ولي العمد بخمسة آلاف، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: أرباعاً منازعة**)؛ أي: يقتسمونه أرباعاً بطريق المنازعة، لا بطريق العول؛ فثلاثة أرباعه: لولي الخطأ، وربعه: لغير العافي من ولي العمد؛ لأن نصفه مسلم لولي الخطأ، فلا منازعة فيه، واستوت منازعتهم في النصف الآخر، فيتنصف النصف الآخر المتنازع فيه، وأصل هذا الاختلاف: ما اتفقوا عليه: أن قيمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة.. كانت القسمة بطريق العول والمضاربة؛ لعدم التضايق في الذمة، فثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال، فيضرب بجميع حقه.

أما إذا وجبت قيمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة؛ كما في مسألة

وَإِن قَتَلَ عبدٌ لاثْنَيْنِ قَرِيباً لَهما، فَعَفَا أَحدُهمَا.. بَطَلَ الْكلُّ.

الفضولي؛ بأن باع فضولي عبد إنسان كله، وفضولي آخر باع نصفه، وأجاز المالك البيعين.. كان العبد بين المشتريين أرباعاً، فكانت القسمة بطريق المنازعة؛ لأن الحق الثابت في العين ابتداء: لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة؛ لأن العين الواحدة تضيق من الحقين على وجه الكمال.

وإذا ثبت هذا.. قال أبو يوسف ومحمد في هذه المسألة: ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ، وربعه للساكت من ولي العمد؛ لأن [٧٧٠/أ] حق ولي العمد كان في جميع الرقبة؛ فإذا عفا أحدهما.. بطل حقه، وفرغ النصف، فيتعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة، بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت من وليي العمد في هذا النصف، فصار هذا النصف بينهم نصفين، فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً؛ كما في مسألة الفضوليين.

ولأبي حنيفة: أن أصل حقهما ليس في عين العبد، بل في الأرش الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة، وهذا؛ لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف، وحق شريك العافي في خمسة آلاف، فيضرب كل واحد منهما بحصته؛ كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم؛ ألفان لرجل، وألف لآخر، مات وترك ألف درهم، فكانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثاً بطريق العول والمضاربة؛ ثلثاها: لصاحب الألفين، وثلثها: لصاحب الألف، كذلك هذا.

بخلاف بيع الفضولي؛ لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء.

(**وإن قتل عبد لاثنين**)؛ أي: مشترك بينهما (**قريباً لهما**) من أبيهما أو أخيهما أو ابنهما أو غيره، وكذا: إذا كان العبد لقريب لهما أو لمعتقهما، فقتل ذلك العبد مولاه، فورثاه - كذا في «الزيلعي» - (**فعفا أحدهما.. بطل الكل**)؛ أي: حق كل واحد من العافي وغير العافي، ولا يستحق غير العافي منهما شيئاً غير نصيبه الذي كان له من قبل، هذا عند أبي حنيفة.

وَقَالا: يدْفعُ الْعَافِي نصفَ نصِيبِهِ إِلَى الآخرِ أَو يفْدِيهِ بِربعِ الدِّيَةِ.

وَقيلَ: مُحَمَّدٌ معَ الإِمَامِ.

(وقالا: يدفع العافي نصف نصيبه إلى الآخر، أو يفديه بربع الدية)؛ أي: مخيّر بينهما؛ لأن حق القصاص عليه ثابت للمولى على سبيل الشيوع؛ لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له؛ لأن العبد في حق الدم يبقى على أصل الحرية، والمولى من دمه كأجنبي، فيستحق دمه بالقصاص؛ فإذا عفا أحدهما.. انقلب نصيب الآخر - وهو النصف - مالاً، غير أنه شائع في الكل، فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه:

فما يكون في نصيبه.. سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً.

وما كان في نصيب صاحبه.. بقي، وهو نصف النصف، وهو: الربع؛ فلذلك يدفع نصف نصيبه إلى الآخر - وهو الربع - أو يفديه ربع الدية.

ولأبي حنيفة: أن نصيب العافي قد سقط، ونصيب الآخر - وهو النصف - يحتمل:

أن يكون كله في [٧٧٠/ب] ملك شريكه فينقلب مالاً.

ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلاً.

ويحتمل أن يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف - وهو الربع - مالاً.

فلما احتمل هذا، واحتمل ذلك.. لا ينقلب مالاً؛ لأن المال لا يجب بالشك.

(وقيل: محمد مع الإمام).

والأشهر: أنه مع أبي يوسف.

* * *

(فَصْلٌ)

دِيَةُ العَبْدِ: قِيمَتُهُ.

فَإِن كَانَت قدرَ دِيَةِ الْحرِّ أَو أَكثرَ.. نقصَت عَنِ دِيَةِ الْحرِّ عشرَةُ دَرَاهِمَ.

وَكَذَا: لَو كَانَت قيمَةُ الْأمةِ كديةِ الْحرَّةِ أَو أَكثرَ.

وَفِي الْغَصْبِ: تجبُ الْقيمَةُ بَالِغَةً مَا بلغت.

(فَصْلٌ)

(دية العبد: قيمته)؛ أي: من قتل عبداً خطأً.. تجب عليه قيمة العبد.

(فإن كانت) قيمته (قدر دية الحر) وهو عشرة آلاف درهم (أو أكثر.. نقصت عن دية الحر عشرة دراهم)؛ إشعاراً بانحطاط درجة الرقيق عن درجة الحر.

وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس، وهو: «لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر، وينقص منه عشرة دراهم»، وهكذا روي عن ابن مسعود أيضاً.

(وكذا)؛ أي: نقصت عشرة دراهم عن دية الحرة وهي خمسة آلاف (لو كانت قيمة الأمة كدية الحرة أو أكثر)؛ لما ذكرناه.

هذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال به أبو يوسف أيضاً أولاً، ثم رجع، وقال والشافعي معه: تجب قيمته بالغة ما بلغت.

(وفي الغصب تجب القيمة بالغة ما بلغت)، حتى لو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً وهلك في يده.. يجب عشرون ألفاً بالاتفاق.

لأبي يوسف والشافعي في الخلافية: أن الضمان بدل المالية لا بدل الدم، وبدل المالية: بالقيمة؛ فالضمان بالقيمة:

أما أنه بدل المالية؛ فلأنه يجب للمولى، وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض.. يبقى العقد، وبقاؤه ببقاء المالية:

أصلاً إن بقي العين.

أو بدلاً إن هلكت، فصار كقليل القيمة وكالغصب.

ولو كان بدل الدم.. لوجب العبد؛ إذ العبد في حق الدم مبقي على الحرية.

وأما أن بدل المالية بالقيمة: فظاهر؛ لأن ضمان المال بالمال.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن الله تعالى أوجب الدية مطلقاً فيمن قتل خطأ؛ حراً كان أو عبداً؛ لقوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية:

ولأن فيه معنى الآدمية، حتى كان مكلفاً.

وفيه معنى المالية، حتى ورد عليه الملك بلا خلاف، والآدمية: أعلاهما لا محالة، فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما؛ إذ العكس يفضي إلى إهدارهما جميعاً؛ لأن الآدمية أصل؛ لقيام المالية بها، وفي إهدار الأصل: إهدار التابع، وإهدار أحدهما: أولى من إهدارهما معاً [٧٧١/أ].

فإن قيل: لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر، بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما.

أجيب: بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة، وكذلك لا يجوز القول به، لخروجه عن الإجماع.

بخلاف ضمان الغصب؛ فإنه بمقابلة المالية دون الآدمية؛ لأن الغصب لا يرد إلا على المال، وبقاء العقد يتبع فائدته، لا المالية.

ألا ترى: أنه يبقى بعد قتله عمداً أيضاً وإن لم يكن القصاص مالاً، ولا بدلاً عن المالية، وفي قليل القيمة: الواجب بمقابلة الآدمية، إلا أنه لم يسمع فيه نص، فقدرناه بقيمته رأياً؛ إذ هو الأعدل.

بخلاف كثير القيمة؛ فإنه وإن لم يسمع فيه نص أيضاً؛ لأنه ورد في الحر، إلا أن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف، ونقصنا منها في العبد؛ إظهاراً لانحطاط رتبته، وتعيين العشرة: بأثر ابن عباس وابن مسعود كما ذكرناه.

وَمَا قدِّرَ مِن دِيَةِ الْحرِّ.. قُدِّرَ مِن قيمَةِ الرَّقِيقِ؛ فَفِي يَدِهِ: نصفُ قِيمَتِهِ، وَلَا يُزَادُ على خَمْسَةِ آلَاف إِلَّا خَمْسَةً.

(وما قدر)؛ أي: لطرف الحر **(من دية الحر.. قدر)**؛ أي: لطرف الرقيق **(من قيمة الرقيق)**؛ لأن القيمة في العبد: كالدية في الحر؛ لأنها بدل الدم.

ففي موضحة العبد مثلاً: نصف عشر قيمة العبد؛ لأنه يجب في موضحة الحر نصف عشر الدية.

ومما يتفرع عليه أيضاً: ما ذكره بقوله: **(ففي يده)**؛ أي: في إتلاف يد الرقيق: **(نصف قيمته)**؛ لأنه يجب في إتلاف يد الحر: نصف الدية، ففي يد العبد: نصف القيمة.

(ولا يزاد) نصف القيمة **(على خمسة آلاف إلا خمسة)**.

يعني: يجب في يد الرقيق خمسة آلاف إلا خمسة إذا كانت قيمته عشرة أو أكثر؛ لأن الواجب في نفسه: عشرة آلاف إلا عشرة على ما تقدم، ففي يده: خمسة آلاف إلا خمسة؛ لأن اليد نصف الآدمي، فيجب فيه نصف ما في النفس؛ اعتباراً للجزء بالكل، إلا أنه ينقص هذا المقدار؛ أي: خمسة؛ إظهاراً لدنو مرتبته من الحر؛ كذا في «الهداية» و«الزيلعي» وأكثر الكتب.

وقال في «النهاية»: هذا الذي ذكره صاحب «الهداية» خلاف ظاهر الرواية؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: فأما طرف المملوك.. فقد بينا أن المعتبر فيه المالية؛ لأنه لا يضمن بالقصاص، ولا بالكفارة، ولهذا كان الواجب فيه: القيمة، بالغة ما بلغت، إلا أن محمداً قال في بعض الروايات: القول بهذا يؤدي إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله بأن كانت قيمته مثلاً مائة ألف درهم؛ فإنه تقطع يده: تجب خمسون ألفاً، وبقتله: عشرة آلاف إلا [٧٧١/ب] عشرة.. فلا يزاد على نصف بدل نفسه، فيكون الواجب: خمسة آلاف إلا خمسة.

وصحح في «الدرر»: الرواية الظاهرة.

وعلى هذا: سائر الأعضاء.

قُطِعَ يَدُ عبدٍ عمداً، فأُعتقَ، فسرى، اقْتُصَّ مِنْهُ إن كَانَ وَارثُهُ سَيِّدَهُ فَقَط. وَإِلَّا.. فَلَا.

وفي لحيته: روايتان، والصحيح: أنه يجب فيها حكومة عدل؛ لأن المقصود من العبد: الخدمة لا الجمال.

(قُطِعَ) على صيغة المجهول (يدُ عبد عمداً، فأعتق)؛ أي: أعتقه مولاه، (فسرى) القطع إلى النفس ومات العبد منه (.. اقتص) القاطع (منه)؛ أي: من ذلك القتل (إن كان وارثه سيده فقط، وإلا)؛ أي: وإن كان له وارث غير سيده (.. فلا) يقتص منه؛ لاشتباه من له حق الاستيفاء حينئذ؛ لأنه:

على اعتبار حالة الجرح.. يكون الحق للسيد.

وعلى اعتبار حالة الموت.. يكون الحق للورثة، فيتعذر الاستيفاء.. فلا يجب على وجه يستوفي.

فإن قيل: سلمنا أن من له حق الاستيفاء مشتبه، لكن قد يزول الاشتباه باجتماعهما.

قلنا: اجتماعهما لا يزيل الاشتباه؛ لأن الملكين في الحالين؛ فإن الملك للمولى وقت الجرح، وعند الاجتماع: لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين.. فلا يكون الاجتماع مفيداً.

فإن قيل: يجوز أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه، فيكون مفيداً.

أجيب: بأن الإذن إنما يصح إذا كان الإذن ممن يملك الإذن، وهذا ليس كذلك.

بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل، وبرقبته لآخر.. فإن كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص؛ لأن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص.. سقط حق الموصى له بالخدمة، فأتت لا إلى بدل.. فلا يملك إبطال حقه، ولكن إذا اجتمعا.. فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه، فيستوفيه الآخر؛ لزوال الاشتباه، فكان الاجتماع فيه مفيداً. هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وَعنـدَ مُحَمَّدٍ: لَا قصاص أصلاً، وَعَلِيهِ أرشُ الْيَدِ وَمَا نَقصَهُ إِلَى حِينِ الْعِتْقِ.

(وعند محمد: لا قصاص أصلاً، وعليه أرش اليد وما نقصه إلى حين العتق)، قال: لا قصاص فيه مطلقاً؛ سواء كان له وارث غير سيده، أو لم يكن، بل على القاطع: أرش اليد للمولى وما نقصه القطع إلى وقت العتق، ولا يجب عليه ما نقصه بعد العتق؛ لأنه لما أعتقه.. فقد أخرجه عن ملكه، فيبطل حكم السراية.

له في الخلافية: أن سبب الولاية قد اختلف؛ لأن الملك: على اعتبار حالة الجرح، والوراثة بالولاء: على اعتبار حالة الموت، فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق في الاتفاقية فيما يحتاط فيه، وفي اختلاف المستحق لا قصاص بالاتفاق [٧٧٢/أ]، فكذا هذا، فصار كما إذا قال لآخر: بعتني هذه الجارية، وقال الآخر لا، بل زوجتها منك.. لا يحل له وطؤها؛ لاختلاف سبب الحل، والوطء مما يحتاط فيه.

بخلاف ما إذا أقر لرجل بألف درهم من القرض، وقال المقر له من ثمن مبيع.. فإنه يقضى له عليه بالألف وإن اختلف السبب؛ لأن الأموال تثبت مع الشبهة، فلا يبالى باختلاف السبب عند اتحاد الحكم.

ولهما: أنا تيقنا ثبوت الولاية للمولى عند عدم الوارث غيره، فيستوفيه؛ لأن المقضي له معلوم، والحكم متحد، فأمكن الإيجاب والاستيفاء؛ لاتحاد المستوفي والمستوفى، ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك؛ كما في مسألة الإقراض.

بخلاف المسألة الأولى؛ أعني: اختلاف مستحق الاستيفاء؛ لأن المقضي له مجهول كما عرفت.

وبخلاف مسألة الجارية؛ لأن الحكم فيها مختلف؛ إذ ملك اليمين يخالف ملك النكاح في الحكم؛ لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصوداً، وملك اليمين لا يثبته مقصوداً، وقد لا يثبته أصلاً.

وَمَن قَالَ لعبدَيه: «أَحَدُكُمَا حرٌّ»، فشُجَّا، فَبيَّنَ فِي أَحدِهمَا.. فأَرشُهما لَهُ.
وَإِن قُتِلا.. فَلهُ دِيَةُ حرٍّ وَقِيمَةُ عبدٍ إِنِ الْقَاتِلَ وَاحِداً.
وَإِن قَتَلَ كلاً وَاحِدٌ فقيمةُ الْعَبْدَيْنِ.

(ومن قال لعبديه: **أحدكما حر فشُجَّا**) على صيغة المجهول؛ أي: صارا مشجوجين (**فبيَّن**) المولى الحرية (**في أحدهما**) بأن قال: أردت هذا، (**فأرشهما: له**)؛ أي: [للمولى]؛ لأن العتق أضيف إلى أحدهما لا على التعيين، فلم يكن نازلاً في المعين، والشجة تصادف المعين، فبقيا مملوكين في حق الشجة، فيجب أرشهما للمولى.

(**وإن قُتِلا**)؛ أي: بعد أن قال المولى: [أحدكما] حر، هو على صيغة المجهول أيضاً (.. **فله**)؛ أي: للمولى على القاتل (**دية حرّ**) لورثته، (**وقيمة عبد**) لمولاه (**إن**) كان (**القاتل واحداً**).

(**وإن قتل كلاً**)؛ أي: كل واحد من العبدين (**واحدٌ.. فقيمة العبدين**).

والفرق ههنا: أن البيان وهو تعيين العتق المبهم في أحدهما: إنشاء من وجه، إظهار من وجه، على ما عرِّفَ في الأصول: من أن البيان:

إنشاء من وجه، حتى يشترط فيه صلاحية المحل للإنشاء؛ فلو مات أحدهما فبين العتق فيه.. لا يصح البيان؛ لفوات المحل.

وإظهار من وجه، حتى يجبر عليه.

ولو كان إنشاء من كل وجه.. لما أجبر عليه؛ لأن المرء لا يجبر على إنشاء عتق عبده.

بخلاف الشجة؛ فإن العبد بعد الشجة: محل للبيان، فاعتبر إنشاء في حقهما، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان، فاعتبرناه إظهاراً محضاً، وأحدهما: حر بيقين، فيجب قيمة عبد ودية حر.

بخلاف ما إذا قتل كلّا رجلٌ آخر [٧٧٢/ب] حيث تجب فيه قيمة العبدين؛ لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً، وكل من القاتلين ينكر ذلك.. فعليهما قيمتهما.

قال في «العناية»: والأصل في هذا: أن القاتل؛ إما أن يكون: واحداً، أو اثنين.

- فإن كان واحداً:

فإما أن قتلهما معاً، أو متعاقباً.

فإن كان الأول.. فالحكم: وجوب القيمة للمولى، والدية للورثة.

فإن لم يكن له وارث غير المولى.. فظاهر.

وإن كانت.. فكل واحد منهما تجب ديته في حال، وقيمته في حال، فيقسم ذلك باعتبار الأحوال.

وهذا إذا استوت القيمتان.

وأما إذا اختلفا.. فعليه نصف قيمة كل واحد منهما، ودية حر؛ لأنا تيقنا أنه قتل عبداً وحراً وقتل الحر: يوجب الدية، وليس أحدهما أولى من الآخر، فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما، ونصف دية كل واحد.

وإن كان الثاني: فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الأول، فكان على القاتل قيمة الأول للمولى، ودية الثاني للورثة.

- وإن كان القاتل اثنين:

فإما أن قتلا معاً، أو متعاقباً.

فإن كان الأول: كان على كل واحد منهما قيمة عبد؛ لأن كل واحد من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه، فالمعتق في حق المعين.. كان غير نازل، وإنما هو نازل بالمنكَّر، ولا يتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكَّر، فيجب على كل واحد منهما: القدر المتيقن به، وهو: القيمة.

ولم يبين في «المبسوط» أن ذلك للمولى أو لورثتهما.

وقيل: هذا والأول سواء؛ النصف للمولى من كل واحد منهما، والنصف للورثة؛ لأن العتق في حق المولى ثابت في أحدهما، فلا يستحق بدل نفسه، فيوزع ذلك عليهما نصفين.

وَمن فَقَأَ عَيْنَي عبدٍ؛ فَإِن شَاءَ سَيِّدُه.. دَفعهُ إِلَيْهِ وَأخذَ قِيمَتَهُ، أَو أمْسكَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَعِنْدَهُمَا: إِن أَمْسكَهُ.. فَلهُ أَن يضمِّنَهُ نقصانَهُ.

وإن لم يدر أيهما قتل أولاً: فالحكم كذلك.

وإن كان الثاني: فعلى القاتل الأول: قيمة الأول لمولاه، وعلى الثاني: دية الثاني لورثته؛ لأن العتق تعين فيه، وقد ظهر لك من هذا: أن ما ذكره المصنف فيما إذا قتلهما معاً؛ سواء كان القاتل واحداً أو اثنين.

(ومن فقأ عيني عبد؛ فإن شاء سيده.. دفعه إليه وأخذ قيمته، أو أمسكه ولا شيء له)؛ أي: لسيده ما نقصه الفقوء عند أبي حنيفة.

(وعندهما: إن أمسكه.. فله أن يضمنه نقصانه).

وقال الشافعي: يضمنه كل القيمة، ويمسك الجثة؛ لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالفائت، فبقي الباقي على ملكه؛ كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه، ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات، وهي معتبرة في حق الأطراف؛ لسقوط اعتبارها في حق [٧٧٣/أ] الذات فقط، بل هي معتبرة في الأطراف أيضاً، بل اعتبارها في الأطراف أولى؛ لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال.

فإذا كانت المالية معتبرة فيها - وقد وجد إتلاف النفس من وجه أيضاً بتفويت جنس المنفعة، وهذا الضمان يتقدر بقيمة الكل - فوجب أن يتملك الجثة؛ دفعاً للضرر، ورعاية للمماثلة.

بخلاف ما إذا فقأ عيني حر؛ لأنه ليس فيه معنى المالية.

وبخلاف عيني المدبر؛ لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك.

وفي قطع إحدى اليدين، وفقوء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة.

ولهما: أن معنى المالية لما كان معتبراً.. وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلنا؛ كما في سائر الأموال؛ فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً:

إن شاء المالك.. دفع الثوب إليه وضمَّنه قيمته.

وإن شاء.. أمسك الثوب وضمَّنه النقصان.

ولأبي حنيفة: أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات.. فالآدمية غير مهدرة فيه، وفي الأطراف أيضاً، ألا ترى: أن عبداً لو قطع يد عبد آخر.. يؤمر المولى بالدفع أو الفداء، وهذا من أحكام الآدمية؛ لأن موجب الجناية على المال: أن تباع رقبته فيها.

ثم من أحكام الآدمية:

أن لا تنقسم على الأجزاء أو الجثة، ولا يتملك الجثة؛ أي: لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف، بل يكون بإزاء الفائت لا غير؛ كما في فقء عيني الحر.

وأن لا يتملك الجثة.

ومن أحكام المالية: أن ينقسم موجب الجناية - وهو الضمان - على الأجزاء والجثة، ويتملك الجثة؛ كما في تخريق الثوب. فوفونا على الشبهين حظهما من الحكم، وقلنا: إنه لا ينقسم؛ اعتباراً للآدمية، ويتملك الجثة اعتباراً للمالية.

وهذا أولى مما قالاه؛ لأن فيما قالاه.. اعتبار جانب المالية فقط وهو أدنى، وإهدار جانب الآدمية وهو أعلى.

ومما قاله الشافعي أيضاً؛ لأن فيه اعتبار الآدمية فقط.

* * *

(فَصْلٌ)

وَإِن جنى مُدبَّرٌ أَو أُمَّ ولدٍ.. ضَمِنَ السَّيِّدُ الْأَقَلَّ مِنَ الْقيمَةِ، وَمِنَ الْأَرْشِ.

فَإِن جنى أُخْرَى.. شَاركَ وليُّ الثَّانِيَة وليَّ الأولى فِي الْقيمَةِ إِن دُفِعَت إِلَيْهِ بِقَضَاءٍ.

وَإِلَّا؛ فَإِن شَاءَ.. ....

(فَصْلٌ)

(**وإن جنى مدبر أو أم ولد.. ضمن السيد**)؛ أي: لا العاقلة؛ لأن جنايتهما في مال المولى لا على العاقلة؛ كذا في «العناية».

(**الأقل من القيمة ومن الأرش**)؛ لما روي عن أبي عبيدة بن الجراح: أنه قضى بجناية المدبر على مولاه بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم، فحل محل الإجماع.

ولأن المولى صار مانعاً بالتدبير والاستيلاد عن تسليم رقبته بالجناية من غير اختياره الفداء [٧٧٣/ب]؛ لعدم علمه بما يحدث، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم.

وإنما يجب الأقل من القيمة ومن الأرش: لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش، ولا منع للمولى في أكثر من القيمة.

ولا يخير بين الأكثر والأقل؛ لأنه لا يفيد في جنس واحد؛ لأنه يختار الأقل يقيناً.

بخلاف ما إذا كان الجاني رهناً؛ حيث يخير بين الدفع والفداء.. فلا يجب الأقل؛ لأن فيه فائدة؛ لاختلاف الجنس؛ لأن من الناس من يختار دفع العين، ومنهم من يختار دفع النقد، على ما هو الأيسر عنده.

(**فإن جنى**) جناية (**أخرى.. شارك ولي**) الجناية (**الثانية ولي**) الجناية (**الأولى في القيمة إن دفعت**) القيمة (**إليه**)؛ أي: إلى ولي الجناية الأولى (**بقضاء**) القاضي.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم تدفع القيمة إليه بالقضاء؛ (**فإن شاء**) ولي الجناية الثانية

اتَّبَعَ وليَّ الأُولى، وَإِن شَاءَ.. اتَّبَعَ الْمولى.

وَعِنْدَهُمَا: يتبعُ وليَّ الأُولى بِكُلِّ حَالٍ.

(..اتبع ولي الأولى، وإن شاء.. اتبع المولى) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يتبع ولي الأولى بكل حال).

والأصل ههنا: أن جنايات المدبر لا توجب إلا قيمة واحدة وإن كثرت؛ لأنه لا منع من المولى إلا في رقبة واحدة، ولأن دفع القيمة فيه: كدفع العين في القن، ودفع العين في القن: لا يتكرر، فكذا: ما قام مقامها.

ويتضاربون بالحصص في القيمة.

فإذا كان كذلك: إذا جنى المدبر جناية، ثم جنى أخرى وقد دفع المولى قيمته إلى ولي الجناية الأولى.

إن بقضاء قاض.. فلا شيء عليه، فيتبع ولي الجناية الثانية وليَّ الأولى، ويشاركه فيما أخذه؛ لأن الضمان لزوم المولى لأجل المنع الذي حصل منه في الرقبة بالتدبير والاستيلاد، وهو منع واحد.. فلا يلزم إلا قيمة واحدة، فصار كالجنايات التي اجتمعت، ثم دبره المولى - كما سيأتي - ويتعلق حقهم برقبته على قدر حصصهم.

وأما إن دفعه بغير قضاء.. فولي الجناية الثانية بالخيار:

إن شاء.. اتبع ولي الجناية الأول.

وإن شاء.. اتبع المولى؛ لأن المولى سلم إلى ولي الأولى ما تعلق به حق الثاني.

هذا عند أبي حنيفة.

وقالا: لا خيار له، بل يتبع ولي الأولى؛ سواء دفعه بقضاء أو لا؛ لأن المولى دفع إلى الأول، ولا حق للثاني فيه؛ لأن الجناية الثانية ليست بموجودة حين دفع، ولا علم به بما يحدث، فلم يكن متعدياً في الدفع، فلا يلزمه الضمان.

ثم إن قيمته تعتبر لكل واحد منهم في حال الجناية عليه؛ لأنه يستحقه في ذلك

وَإِن أَعْتَقَ الْمولى الْمُدبَّرَ وَقد جنى جناياتٍ.. لَا يلْزمُهُ إِلَّا قيمَةٌ وَاحِدَةٌ.

وَإِن أقرَّ الْمُدبَّرُ بِجِنَايَةٍ خطأً.. لَا يلْزمُهُ شَيْءٌ فِي الْحَالِ، وَلَا بعدَ عِتقِهِ.

الوقت، حتى إذا قتل رجلاً خطأ وقيمته ألف، ثم قتل آخر خطأ وقيمته ألفان، ثم قتل [٧٧٤/أ] آخر وقيمته خمسمائة.. يجب على المولى ألفا درهم؛ لأنه جنى على الأوسط، وقيمته ألفان، فيكون لولي الوسط منهما: ألف، لا يشاركه فيه أحد؛ لأن ولي الأول لا حق له فيما زاد على الألف، وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم، وكذا الثالث لا حق له فيما زاد على خمسمائة؛ لما ذكرناه، ثم يعطي خمسمائة فتقسم بين الأول والأوسط يضرب الأول بجميع حقه وهو عشرة آلاف درهم، ويضرب الأوسط بما بقي من حقه وهو تسعة آلاف؛ لوصول الألف فيه، فيبقى من قيمته خمسمائة: يقسم بين الثلاثة؛ لاستوائهم فيها، فيضرب الثالث بعشرة آلاف، ويضرب الأول بعشرة إلا ما أخذ تلك المرة، ويضرب الأوسط بعشرة آلاف، إلا ما أخذ في المرتين، كذا في «الزيلعي».

(وإن اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات.. لا يلزمه إلا قيمة واحدة)؛ لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع، ولا منع من المولى إلا في رقبة واحدة، فصار وجود الإعتاق من بعدُ وعدمُه: بمنزلة واحدة، وكذا الحال في أم الولد.

(وإن أقر المدبر بجناية خطأ.. لا يلزمه شيء) على سيده (في الحال، ولا بعد عتقه)؛ لأن موجب جنايته: خطأ على سيده، وإقراره به لا ينفذ على سيده.

* * *

الفهرس